

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310501020210041301
Proceso:	ORDINARIO
Demandante:	JHON JAIRO ZAPATA
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
M. P.	ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ SL TSM
Fecha de fallo:	27/10/2023
Decisión:	CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 30/10/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de octubre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	Jhon Jairo Zapata
DEMANDADAS	Colpensiones y Protección S.A.
ORIGEN	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-010-2021-00413-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

La Sala Sexta de Decisión Laboral, integrada por las Magistradas ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y la Ponente ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ, profiere sentencia escrita al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JHON JAIRO ZAPATA contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

JHON JAIRO ZAPATA formuló demanda en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. para que se declare **i)** la ineficacia o nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por PROTECCIÓN S.A., **ii)** válida y sin solución de continuidad su afiliación al

¹ 01PrimerInstancia; 01DemandaConAnexos.pdf. Pág. 2/5.

Régimen de Prima Media -RPM- administrado por COLPENSIONES. En virtud de lo anterior, pide que se condene a **iii)** PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes realizados al RAIS, incluidos los rendimientos financieros y las cuotas de administración; a **iv)** COLPENSIONES tener como válida y continua su afiliación en el RPM, **v)** lo ultra y extra petita resulte probado; y **vi)** las demandadas a pagar las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de mayo de 1962. Fue afiliado al RPM en enero de 1983 y en mayo de 1998 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que previo a ello le brindaran información sobre la liquidación final de su pensión, acorde a las condiciones particulares, pues se limitaron a informarle sobre rentabilidad y que las fluctuaciones del mercado podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos, sin explicarle de forma clara y precisa los riesgos y beneficios que implicaría su afiliación al RAIS. En febrero de 2020 solicitó el traslado COLPENSIONES ante ambas demandadas, sin obtener respuesta. Afirmó que el daño que sufrirá en su mesa pensional es notorio, dada la diferencia con la que obtendría en el RPM.

Contestaciones de la demanda

Quienes conforman la parte pasiva, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones incoadas, así:

i) COLPENSIONES²: afirmó que no se probó que el traslado del demandante haya sido por engaños o falta de información, por lo que deberá acreditar sus dichos, y hasta tanto ello ocurra, se deberá presumir que tal acto fue voluntario, libre y consentido. No es admisible el retorno al RPM por cuanto ya superó la edad permitida por la ley para cambiar de régimen, más cuando es evidente que el objeto central del proceso yace en una comparación netamente financiera, más no sobre la esencia que dé lugar a la ineficacia del acto jurídico lo que desnaturaliza el proceso, pues su objeto es la protección pensional la cual no es negada por la AFP del RAIS. Agregó que el alcance de la información que se

² 01PrimerInstancia; 08ContestacionColpensiones.pdf.

debió brindar al momento de la afiliación debe ser analizada con la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, pues no resulta razonable imponer obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico para ese momento. Excepcionó: inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, ausencia de causa para pedir, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y compensación.

ii) PROTECCIÓN S.A.³: expuso que siempre ha actuado conforme a la ley, y la decisión de traslado del demandante fue libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, previo a brindar asesoría completa y comprensible sobre las características del régimen, por lo cual debe tenerse como válido y existente el acto. Señaló que el interesado señaló su voluntad de selección, como se evidencia en el aparte del formulario, documento que además cumple con todos los requisitos de ley y se firmó por persona con capacidad de entendimiento, de manera que el acto también generó obligaciones en el afiliado como consumidor financiero. Así, no puede hablarse de la existencia de un error de hecho en el consentimiento, tampoco señala el actor sobre qué punto se dio este error; ahora, si lo pretendido es un error de derecho, resulta que el desconocimiento de aspectos legales del RAIS no vicia el consentimiento. No es válido imponer obligaciones a las AFP sobre el deber de asesoría con base en normas inexistentes al momento del traslado; además el afiliado tuvo varias oportunidades de retornar al RPM sin que hiciera uso de aquellas. En consecuencia, no existe motivo legal o fáctico para proceder con la ineficacia alegada y no se puede acceder a ella por simples expectativas económicas. Excepcionó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, la que llamó “innominada o genérica”, reconocimiento de restituciones mutuas 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 e 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.

³ 01PrimerInstancia; 09ContestacionProteccion.pdf.

Sentencia de primera instancia⁴

El 11 de septiembre de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín declaró ineficaz el cambio de sistema pensional efectuado por el demandante hacia el RAIS y que, en consecuencia, ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, la totalidad de saldos de la cuenta de ahorro individual, así como el porcentaje de gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Dispuso que al momento de cumplirse las órdenes, los valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC con el cual fueron aportados y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC con el cual fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidas para el futuro reconocimiento de prestaciones económicas. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. en favor del demandante y fijó agencias en derecho en la suma de un SMLMV de 2023.

El juez de instancia tuvo en cuenta el precedente judicial vigente en la materia y señaló que a PROTECCIÓN S.A. le correspondía demostrar el cumplimiento del deber de información antes de la suscripción del formulario de afiliación por parte del actor, carga probatoria que no se satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, por lo que procede la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Las partes se abstuvieron de formular recurso de apelación, por lo que el proceso fue remitido en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

⁴ 01PrimeraInstancia; 17VideoAudienciaArt77Y80-10-2021-00413.mp4 y 18ActaAudiencia77y80 2021-00413.pdf

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Surtido el traslado para alegar de conclusión en esta sede, solo COLPENSIONES lo descorrió oportunamente⁵. Solicitó que se revoque lo decidido, dado que no son de recibo las consideraciones del juez de instancia, pues el demandante contaba con 59 años de edad cuando radió la demanda, lo que lo deja inmerso en la prohibición legal de traslado por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad pensional. También citó la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con la que se moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior cuando los demandantes tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el RAIS. Resaltó que el actor no demostró por algún medio probatorio que ejerció las acciones jurídicas oportunamente para retornar al RPM. Finalmente deprecó que, de confirmarse la sentencia, se ordene la devolución debidamente actualizada de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración aportes para el Fondo de Pensión de Garantía Mínima y cuotas de seguro previsional, incluso con cargo al propio patrimonio de la AFP.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme al artículo 69 del ibidem, modificado por la Ley 1149 de 2007.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, la oposición formulada por las accionadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, la Sala deberá determinar: **a)** la viabilidad de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS; de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias que ello acarrea, como que la afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia COLPENSIONES.

⁵ 02SegundaInstancia; 03AlegatosColpensiones1020210413.pdf.

Lo anterior, dado que el fundamento de las pretensiones de la demanda es el incumplimiento del deber legal de información por parte de las administradoras privadas, lo que al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, si no la ineficacia del acto jurídico, tal y como fue abordado por la juez de instancia.

Hechos relevantes probados documentalmente

JHON JAIRO ZAPATA nació el 25 de mayo de 1962⁶. Se afilió al extinto ISS el 25 de enero de 1984⁷. El 20 de abril de 1998 suscribió formulario de traslado a PROTECCIÓN S.A.⁸, el cual se hizo efectivo el 1° de junio del mismo año⁹. Para el 29 de abril de 2022 contaba con 1.509 semanas cotizadas en toda su vida laboral¹⁰, de las cuales 283.29 lo fueron ante el ISS. El 24 de abril de 2014 suscribió formulario de reasesoría pensional brindada por PROTECCIÓN S.A.¹¹, en la que se consigna como decisión del afiliado quedarse en dicho fondo. El 20 de febrero de 2020¹² solicitó a PROTECCIÓN S.A., entre otros, autorizar el traslado de régimen al RPM. El 24 de febrero de 2020¹³ envió por correo certificado a COLPENSIONES solicitud de aceptar su retorno al RPM, la cual fue negada el 27 de febrero del mismo año¹⁴, dado que la entidad solo anula el traslado cuando presuntamente se cometió falsedad en el formulario de afiliación o el empleador lo afilió sin su consentimiento, casos en los que deberá existir previo pronunciamiento por parte de la autoridad competente.

a) Ineficacia de la afiliación al RAIS.

Con la finalidad de determinar el fondo del asunto, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

⁶ 01PrimerInstancia; 01DemandaConAnexos.pdf. Pág. 88

⁷ 01PrimerInstancia; 08ContestacionColpensiones.pdf Pág. 65

⁸ 01PrimerInstancia; 09ContestacionProteccion.pdf Pág. 72

⁹ 01PrimerInstancia; 09ContestacionProteccion.pdf Pág. 73

¹⁰ 01PrimerInstancia; 09ContestacionProteccion.pdf Pág. 34

¹¹ 01PrimerInstancia; 09ContestacionProteccion.pdf Pág. 75

¹² 01PrimerInstancia; 01DemandaConAnexos.pdf. Pág. 89/92

¹³ 01PrimerInstancia; 01DemandaConAnexos.pdf. Pág. 93/97

¹⁴ 01PrimerInstancia; 08ContestacionColpensiones.pdf Pág. 61/62

ii) Los artículos 48, 53, 335¹⁷ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) la Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁸, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) el artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁹; iv) el Decreto 692 de 1994; v) el Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas²⁰ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los artículos 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²¹.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las administradoras desde su creación, de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen*”. Adicionalmente, no se puede predicar, como sostienen la pasiva y la Superintendencia Financiera, que la existencia del deber de asesoría solo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Advierte la alta Corporación sobre la necesidad de que la decisión del traslado de régimen esté precedida de toda la información relevante que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Nótese que el Estatuto Financiero de la época, en los artículos 97 y siguientes, consagró que las administradas debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la

buena fe, al punto de contemplar sanciones ante la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) Que la información otorgada sea ser completa y comprensible. y,
- (iii) Que la información se proporcione con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, por ser determinante en ello, la falta de información al potencial afiliado.

En ese orden, es necesario verificar en cada proceso si la AFP suministró de manera previa una *información clara, completa y suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluir que la decisión adoptada en tal momento, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Así, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688 de 2019 y 373 de 2020, radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.”

Por estas razones, lo argumentado por la pasiva en torno a la capacidad del actor al suscribir el formulario, o su obligatoriedad de informarse en relación con las consecuencias de la celebración del acto jurídico, o sus actos de

relacionamiento al efectuar cotizaciones, conocer extractos y no efectuar el traslado de régimen cuando legalmente estuvo habilitado para hacerlo, el no efectuar comparaciones entre fondos, o que las condiciones de funcionamiento de estos no son imposición de los mismos, si no de la normatividad que los rige, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a las administradoras, menos aún, por cuanto en asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud del o los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que haya estado precedido de la satisfacción del cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras que captaron al afiliado, quien informó que suscribió el traslado en virtud de una sugerencia de su empleador, sin que fuera informado sobre las características del régimen.

Tampoco son admisibles los argumentos en cuanto a que el traslado obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, cumplió los requisitos exigidos en la ley y se satisfizo el deber de información en los términos exigidos para entonces, pues tal situación tampoco se acreditó, en tanto la defensa se limitó a afirmar que así había ocurrido.

Recuérdese que conforme a la carga dinámica de la prueba, ésta radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes que propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, en la cual la Corte expuso los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que la parte acora efectúa una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Además, el fallador está facultado por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba y asignarla a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todos los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y, en asuntos como el que hoy se estudia, sin duda quien debe cumplir dicha carga es la AFP del RAIS, por cuanto: i) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, así como la información que fue brindada al momento del

trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se haya entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **ii)** Conoce y posee los datos de ubicación y preparación que recibieron las personas que tuvieron a cargo la asesoría dada al interesado y que posibilitó el acto jurídico de vinculación o traslado al fondo de pensiones.

Como ya se dijo, JHON JAIRÓ ZAPATA nació el 25 de mayo de 1962¹⁵, por lo que al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador dependiente del sector privado, contaba con 31 años y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones; por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 20 de abril de 1998 suscribió formulario de traslado a PROTECCIÓN S.A.¹⁶, acto que acusa de ineficaz. El 24 de febrero de 2020¹⁷ solicitó a COLPENSIONES aceptar su retorno al RPM, lo que fue negado el 27 de febrero del mismo año¹⁸.

Igualmente, en el interrogatorio al demandante no se advierte confesión, pues manifestó que se trasladó al RAIS con PROTECCIÓN S.A. cuando unos asesores se presentaron en su lugar de trabajo y le hablaron muy rápido que valía la pena afiliarse a dicha AFP. Sin indicar más detalles se le pidió firmar el formulario y, aunque aceptó que no fue obligado a suscribir el documento, tampoco lo revisó porque todo fue “a la carrera” por el tiempo de trabajo y no se lo permitieron; tampoco tuvo tiempo de hacer preguntas, ni le indicaron que podía pensionarse anticipadamente. Negó haber recibido reasesoría pensional por parte del fondo, pero al ser puesto de presente el documento obrante en el expediente, reconoció su firma plasmada allí, pero no recuerda las condiciones o circunstancias en que se dio esa información.

Así, en este caso PROTECCIÓN S.A., como encargada de tramitar el traslado de régimen pensional, estaba llamada a demostrar que ese acto no se vio afectado en su eficacia por haber suministrado la información suficiente, clara y completa al entonces potencial afiliado; sin embargo, no acreditó la satisfacción

¹⁵ 01PrimerInstancia; 01DemandaConAnexos.pdf. Pág. 88

¹⁶ 01PrimerInstancia; 09ContestacionProteccion.pdf Pág. 72

¹⁷ 01PrimerInstancia; 01DemandaConAnexos.pdf. Pág. 93/97

¹⁸ 01PrimerInstancia; 08ContestacionColpensiones.pdf Pág. 61/62

de su ineludible deber legal de brindar una oportuna información, además de adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales. Tampoco sobre los beneficios e inconvenientes que generaría suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar el verdadero consentimiento, plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones. Además, ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No se allegó elemento de convicción sólido, distinto del formulario de afiliación, respecto del cual PROTECCIÓN S.A. adujo que no es dable restarle valor y menos desconocer el acto, al estar suscrito por el demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia del traslado: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en la que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. Conforme a la norma referida, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados que suscriben las partes y en los que se limitan a llenar espacios en blanco, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona.

Lo anterior es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de brindar elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Tampoco es admisible la reasesoría pensional realizada por PROTECCIÓN S.A. el 24 de abril de 2014¹⁹, puesto que la ineficacia deriva en la inexistencia del acto, y no puede ser ratificada por actuaciones posteriores del afiliado, además de ello, de acuerdo con la documental relacionada, no se indica sobre la conveniencia o no de permanecer en el RAIS, solo se registra información relativa a su edad, salario y cuánto tiempo cotizó antes del 1° de abril de 1994, pero no se demostró la índole, ni la calidad de información entregada en tal reasesoría. No se especifican las condiciones necesarias para pensionarse, los detalles que influían en la liquidación de la mesada pensional, tales como su estado civil, la edad de su cónyuge en caso de estar casado, la edad de sus hijos, entre otros; ni se detalla la información concreta que dio al afiliado, no siendo posible presumir ni esclarecer los planteamientos de esa asesoría, situación que no da lugar a inferir en que fuera oportuna, clara y completa.

Lo considerado en esta providencia también sustenta que los actos posteriores al traslado, como el prolongado silencio o el sufragar aportes, no sean indicadores de la intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, punto en el que debe recordarse lo reiterado por la Sala de Casación Laboral, según la cual el debate probatorio en los asuntos de ineficacia de traslado se encamina a establecer si, con anterioridad y al momento de ese acto, se cumplió el tantas veces mencionado deber de información, **sin considerar los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar**. Así, de manera uniforme se ha dicho que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, al no cumplir su propósito de generar consentimiento informado para el acto, se equipara a la ausencia de información (**SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021**); adicionalmente,

¹⁹ 01PrimeraInstancia; 09ContestacionProteccion.pdf pág 75

esa falta de información en la materia no se convalida por los traslados de administradoras dentro del Régimen de Ahorro Individual (SL3199- 2021).

De ahí que no procede adoptar el criterio aislado contenido por ejemplo en la providencia **SL2440-2021**²⁰, emitida por una de las Salas de Descongestión de la CSJ y en la cual se expuso la tesis de los llamados “*actos de relacionamiento*” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la sentencia SL413-2018, en un proceso donde se debatía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y fue necesario analizar la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional, por cuanto no resultaba diáfano a cuál de los regímenes pertenecía, litigio notoriamente ajeno a los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Conforme a todo lo expuesto, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de PROTECCIÓN S.A. se entiende vulnerador de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²¹ y genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como respuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal. Ello implica que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica y, por tanto, no produzca efectos, como fue precisado en la sentencia SL4360 de 2019, en la cual se concluyó que “*la sanción impuesta en el artículo 271²² de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al*

²⁰ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²¹ 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

²² El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud^{<1>} en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

traslado”. Lo anterior da lugar a garantizar el derecho del extremo accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que allí ha permanecido la afiliación, sin solución de continuidad, lo que conlleva la reactivación de su respectiva vinculación con este último régimen.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

En virtud del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente se garantice la no afectación financiera del régimen de prima media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, **todos** los recursos recibidos con motivo de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales prestaciones. Recuérdese que tales sumas repercutirán en la conformación de un eventual derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además, es menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán** las órdenes impartidas a PROTECCIÓN S.A. en la primera instancia, en el sentido que esta AFP, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros

que se han generado durante todo el tiempo en que el hoy demandante figuró como afiliado al RAIS.

Se precisa que PROTECCIÓN S.A. **debe trasladar** a COLPENSIONES **las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras** descontadas durante el periodo de afiliación, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni si el dinero fue administrado adecuada y eficientemente. En ese orden, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, por no haberse estudiado la situación particular del hoy demandante previamente a la afiliación y al ignorarse cuáles fueron los argumentos esgrimidos por dicha AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información, no es pertinente exonerarla de la devolución de tales conceptos, independientemente de que COLPENSIONES no haya administrado el dinero de los aportes, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva. Tampoco se puede discutir una inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES y la parte actora, ni se transgreden derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración con destino al RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP de orden privado, además del pago de seguros, consecuentemente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a COLPENSIONES, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que se genere en favor del extremo hoy demandante, como anteriormente se explicó.

Se rememora que a la luz del precedente de la Sala de Casación Laboral²⁹ rememorado en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, las cuotas de administración, los descuentos del seguro previsional y lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación del extremo hoy demandante, se deben trasladar **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, aspecto en el cual se adicionará la decisión de instancia, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dada la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana que constituye un hecho notorio.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por la pasiva quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae; además esta Sala acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia reiterada en la Sentencia SL1197 de 2021, respecto a que las acciones judiciales tendientes a comprobar la forma en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, como es el caso de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. COSTAS

Sin costas en esta sede por haberse conocido en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín el 11 de septiembre de 2023, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JHON JAIRO ZAPATA contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

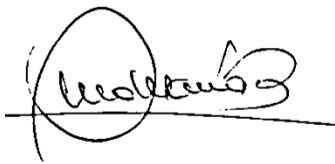
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese lo decidido por edicto y devuélvase el expediente al despacho de origen.

Las Magistradas,



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE
(En ausencia justificada)