

**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:	05001310500720210009501
Proceso:	ORDINARIO
Demandante:	FRANCISCO JAVIER OSORIO QUINTERO
Demandado:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
M. P.	ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ SL TSM
Fecha de fallo:	10/11/2023
Decisión:	ADICIONA Y CONFIRMA

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 14/11/2023 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, diez (10) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	Francisco Javier Osorio Quintero
DEMANDADAS	Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.
ORIGEN	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 31 05 007 2021 00095 01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

SENTENCIA

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.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

FRANCISCO JAVIER OSORIO QUINTERO formuló demanda en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. para que se declare la ineficacia del traslado y la afiliación al RAIS con COLFONDOS S.A. y posteriormente con PROTECCIÓN S.A.

¹ 01PrimerInstancia; 03 2021-00095 Escrito de demanda.pdf Pág. 1 a 4

Como consecuencia, pidió que se ordene a **i)** la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los saldos recibidos en la cuenta de ahorro individual; **ii)** COLPENSIONES recibir PROTECCIÓN S.A. la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con todos sus frutos e intereses; **iii)** lo que resulte probado ultra y extra petita; y **vii)** a las demandadas pagar costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 8 de enero de 1961, inició cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- por medio de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, del 1º. de diciembre de 1993 hasta noviembre de 1996, cuando se trasladó al RAIS e inició cotizaciones en COLFONDOS S.A. Agregó que el asesor no le brindó una información veraz, técnica, adecuada y suficiente para tomar la decisión, con lo cual lo indujo en error. Solamente le dijo que allí sus aportes generaban mayor rentabilidad, que podría acceder a la pensión de vejez en forma anticipada y con un monto superior, además que el RPM iba a desaparecer.

En octubre de 2003, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra afiliado, debido al “engaño y carencia de información suministrada por dichas entidades”. Solicitó ante COLFONDOS y PROTECCIÓN el traslado, pero fue negado y agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

Contestaciones de la demanda

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

i) COLPENSIONES² refirió que la ineficacia pedida carece de fundamentación legal y fáctica. Recalcó que en el expediente está el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con el cual se demuestra que no hubo constreñimiento alguno al momento de realizar el traslado, por lo que la decisión del actor fue libre y espontánea, lo que desfigura un posible vicio en el consentimiento. Excepcionó: inexistencia de la ineficacia en el traslado de

² 01PrimerInstancia; 19 2021-00095 Escrito respuesta demanda Colpensiones.pdf

régimen, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, inversión de la carga dinámica de prueba, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 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 que denominó “innominada”, compensación e imposibilidad de condena en costas.

ii) COLFONDOS S.A.³: sostuvo que la afiliación del demandante fue producto de su voluntad libre y espontánea, pues la AFP siempre cumplió con el deber de informar y jamás existió omisión en este punto, como tampoco indebida o equivocada asesoría. Por ello, no es válido que después de estar afiliado varios años al RAIS y cuando evidenció que no logro cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó al régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal. Reiteró que en su momento informó adecuadamente y de manera completa al interesado sobre las condiciones del régimen, de lo cual este dejó declaración escrita en el formulario, sin que aporte prueba tendiente a acreditar su afirmación; además la permanencia durante más de 20 años ratifica el deseo de permanecer en el RAIS.

Advirtió que el deber de asesoría solo existió desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual no puede exigirse demostrar circunstancias que no eran obligatorias, para responsabilizar a las AFP por los deberes del afiliado; también se informó sobre el derecho de retracto del cual no hizo uso. Finalmente, señaló que el actor no es beneficiario del régimen de transición.

Excepcionó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la que denominó “innominada o genérica”, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con

³ 01PrimerInstancia; 22 2021-00095 Escrito de contestación de demanda Colfondos S.A. pdf

solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

iii) PROTECCIÓN S.A.⁴: expuso que su actuar siempre ha sido 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, conforme a la normatividad de época y a las exigencias existentes en ese momento. Adujo que el afiliado tuvo varias oportunidades de retornar al RPM sin que hiciera uso de tal facultad. En consecuencia, no existe motivo legal o fáctico para proceder con la ineficacia alegada y no se puede acceder a ella porque no se encuentra satisfecho con la mesada.

Excepcionó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 f, y la “innominada o genérica”.

Sentencia de primera instancia⁵

El 15 de agosto de 2023, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y que se encuentra afiliado al RPM sin solución de continuidad. Condenó a PROTECCIÓN S.A a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones completas, el rendimiento financiero y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al Régimen de Prima Media en caso de haberse

⁴ 01PrimeraInstancia; 24 2021-00095 Escrito de contestación Protección S.A.pdf

⁵ 01PrimeraInstancia; 44 VideoAudiencia; 45 2021-00095 Acta audiencia. OF1

ya redimido, y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, así como los aportes al fondo de solidaridad pensional en caso de que se hubiesen realizado. En el mismo sentido, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante por gastos o cuotas de administración, primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, así como los aportes al Fondo de Solidaridad en caso de haberse realizado.

Dispuso que, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, conforme lo explicado en la parte motiva. Condenó en costas a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. en favor del demandante y fijó agencias en derecho en la suma de un SMLMV a cargo de cada una de las AFP; se abstuvo de condenar en costas a COLPENSIONES.

La juez de instancia tuvo en cuenta el precedente judicial vigente en la materia y señaló que correspondía a las AFP demostrar el cumplimiento del deber de información antes de la suscripción del formulario de afiliación, 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.

Recursos de apelación

COLFONDOS S.A. solicitó revocar la decisión proferida. Respecto a la condena principal, pidió no ordenar a la entidad retornar al RPM los gastos de administración porque estos se causan y descuentan por disposición legal, más no por capricho de las administradoras del RAIS. Igualmente, indicó que estos gastos tienen una determinación de carácter específico, según el Decreto 2555 de 2010 y que la rentabilidad que genera la entidad es muy superior a la de COLPENSIONES, por lo que ordenar devolver los gastos de administración generaría un crecimiento injustificado del fondo que va a recibir los aportes del

demandante; además, precisó que estos recursos no están en poder de la AFP y en la etapa de fijación del litigio no se estableció la devolución a favor de terceros que no fueron vinculados al proceso.

Igualmente, solicitó no ordenar la indexación de los conceptos a devolver al RPM, porque con los rendimientos generados -y que son superiores a los de COLPENSIONES- quedaron más que compensados si la parte actora nunca se hubiese trasladado.

COLPENSIONES S.A. interpuso recurso de apelación frente al numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de ordenar a las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar el 100% de la cotización realizada por el demandante sin descuento alguno. Así, además de los aportes y rendimientos, trasladar el valor de todos los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales de manera indexada y con cargo a su propio patrimonio, por cuanto la ineficacia resulta inoponible frente a terceros de buena fe. Señaló que es deber de los jueces evaluar la proporcionalidad en la medida que se adopte la ineficacia del traslado y ponderar los bienes jurídicos en mención para disponer que sean las AFP quienes deban asumir las cargas económicas o que los dineros que se trasladen del RAIS se devuelvan conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre la totalidad de la prestación en los términos del Régimen de Prima Media.

Advirtió que el ISS y COLPENSIONES han garantizado la autonomía de la voluntad privada, al igual que el derecho de libre escogencia de régimen, toda vez que el Sistema General de Pensiones colombiano permite dicha movilidad.

Finalmente solicitó que, en caso de que se desestime el recurso presentado, y ante el eventual éxito de las pretensiones, se abstenga de condenar en costas a COLPENSIONES.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión en esta sede, solo COLPENSIONES lo describió⁶: reiteró los argumentos señalados en el recurso de apelación frente a la inoponibilidad de la ineficacia o nulidad del acto jurídico frente a terceros de buena fe y solicitó modificar el numeral tercero de la sentencia y adicionarla respecto a que la AFP COLFONDOS traslade el valor de todos los gastos de administración, así como las cuotas de seguro previsional de manera indexada y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66 y 66A del C.P.T.S.S., respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme al artículo 69 ibidem, modificado por la Ley 1149 de 2007.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, la oposición formulada por las accionadas, los argumentos de la decisión de primera instancia y los recursos de apelación, 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 remitirse desde la AFP del RAIS hacia COLPENSIONES.

Lo anterior, dado que las pretensiones se fundamentan en el incumplimiento del deber legal de información por parte de la administradora privada, 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

⁶ 02SegundaInstancia; 03AlegatosColpensiones0720210095.

FRANCISCO JAVIER OSORIO QUINTERO nació el 8 de enero de 1961⁷. El 1º de diciembre de 1993 inició cotizaciones por medio de CAJANAL⁸ y el 18 de octubre de 1996 suscribió formulario de traslado hacia COLFONDOS S.A., el cual se hizo efectivo el 1º de diciembre de ese año⁹. No obstante, en el certificado de ASOFONDOS –SIAFP- se observa como AFP de origen a COLPENSIONES¹⁰, circunstancia que no se puede constatar, pues esta demandada no emitió historia laboral dado que *"el número de documento digitado presenta una inconsistencia en la afiliación"*¹¹. El 27 de agosto de 2003 el actor se afilió a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., formulario que refiere que había cotizado más de 150 semanas en CAJANAL¹². Para enero de 2021 contaba con 1.224,29¹³ semanas aportadas en toda su vida laboral. El 5 de octubre de 2020¹⁴ solicitó la afiliación a COLPENSIONES, la cual fue negada el 21 de enero de 2021, por cuanto se encontraba a 10 años o menos del requisito para pensionarse¹⁵.

a) Ineficacia de la afiliación al RAIS

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

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁶ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) la Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁷, 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 1994¹⁸; iv) el Decreto 692 de 1994; v) el

⁷ 01PrimerInstancia; 13 2021-00095 Registro civil de nacimiento demandante

⁸ 01PrimerInstancia; 09 2021-00095 Formato de afiliación Cajanal

⁹ 01PrimerInstancia; 22 2021-00095 Escrito de contestación de demanda Colfondos S.A.; Pág. 21

¹⁰ 01PrimerInstancia; 24 2021-00095 Escrito de contestación Protección S.A.pdf; Pág. 259

¹¹ 01PrimerInstancia; 19 2021-00095 Escrito respuesta demanda Colpensiones. pdf. Pág.54

¹² 01PrimerInstancia; 24 2021-00095 Escrito de contestación Protección S.A.pdf; Pág.33

¹³ 01PrimerInstancia; 10 2021-00095 Historia laboral Francisco Javier Osorio

¹⁴ 01PrimerInstancia; 12 2021-00095 Reclamación Administrativa Colpensiones

¹⁵ 01PrimerInstancia; 16 2021-00095 Escrito de respuesta Colpensiones reclamación administrativa

¹⁶ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁷ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad "para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan."*

¹⁸ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y

Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los artículos 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²⁰.

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,

experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

¹⁹ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

²⁰ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP, en que dispone en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

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 habilitada para hacerlo, el no efectuar comparaciones entre fondos, o que las condiciones de funcionamiento de estos no son imposición de los mismos, sino de la normatividad que los rige, no constituyen razones atendibles para exonerar a las administradoras del cumplimiento de sus obligaciones, 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 afirma que el asesor le indicó que el ISS estaba en fracaso y que en dicho fondo obtendría más rápido su pensión.

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 de que la parte actora efectúa una afirmación indeterminada *-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, FRANCISCO JAVIER OSORIO QUINTERO nació el 8 de enero de 1961²¹; sin embargo, de la documental allegada no se logra advertir la densidad de semanas que tenía cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ni se tiene certeza si era empleado público del orden departamental o nacional o si pertenecía al sector privado, por lo que no puede verificarse que sea beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 18 de octubre de 1996²² suscribió formulario de traslado con destino a COLFONDOS S.A., acto que acusa de ineficaz y el 27 de agosto de 2003²³, se vinculó con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. El 5 de octubre de radicó en COLPENSIONES formulario de afiliación²⁴, la cual fue negada el 21 de enero de 2021²⁵.

Igualmente, en el interrogatorio al demandante no se advierte confesión, pues manifestó que se trasladó al RAIS con COLFONDOS S.A., en virtud de una visita del asesor a su lugar de trabajo, quien le indicó que se iba a pensionar anticipadamente y que COLPENSIONES se acabaría porque estaba en “fracaso”. Algo similar ocurrió respecto de SANTANDER, pues señaló que un

²¹ 01PrimerInstancia; 13 2021-00095 Registro civil de nacimiento demandante. pdf

²² 01PrimerInstancia; 22 2021-00095 Escrito de contestación de demanda Colfondos S.A. Pág. 21

²³ 01PrimerInstancia; 24 2021-00095 Escrito de contestación Protección S.A.pdf Pág.33

²⁴ 01PrimerInstancia; 12 2021-00095 Reclamación Administrativa Colpensiones

²⁵ 01PrimerInstancia; 16 2021-00095 Escrito de respuesta Colpensiones reclamación administrativa

asesor fue a su lugar de trabajo y le indicó que se podría pensionar con menos edad.

Así, en este caso COLFONDOS 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 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.

Adicionalmente, deviene innecesario analizar las condiciones de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., pues la ineficacia del traslado de régimen afecta todo cambio entre administradoras que se haya presentado con posterioridad.

No se allegó elemento de convicción sólido, distinto del formulario de afiliación, respecto del cual COLFONDOS 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.

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, 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**¹⁸, 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 de la afiliada 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 COLFONDOS 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 1993¹⁹ y genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta 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 271²⁰ 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 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 COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. -AFP a la que actualmente se encuentra afiliado el actor- en el sentido que no solo se deben trasladar a COLPENSIONES, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, **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 afiliada al RAIS.

Así, **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben también 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 los periodos 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 las AFP para aseverar que cumplieron con los deberes de información, no es pertinente exonerarlas 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 de 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 las AFP de orden privado, además del pago de seguros, todos los recursos deben trasladarse a COLPENSIONES, consecuencialmente a la declaratoria de ineficacia, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que se genere en favor del extremo hoy demandante, como anteriormente se explicó.

PROTECCIÓN S.A. también deberá responder por la devolución de lo descontado por cuotas o gastos de administración durante el tiempo de afiliación del demandante a la AFP SANTANDER en virtud de la fusión presentada, pues al celebrar el referido negocio jurídico se subrogó tanto en derechos como en obligaciones respecto de sus afiliados, y debe protegerse el equilibrio financiero del RPM.

Se reitera que a la luz del precedente de la Sala de Casación Laboral²¹ 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 indexadas 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, dado la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana que constituye un hecho notorio.

Se **adicionar**á la sentencia de instancia, en cuanto a que el cumplimiento de las órdenes impartidas será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., sin trasladar consecuencias negativas a la parte actora.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por la pasiva quedan implícitamente resueltas, por haber salido avante 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

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A por haber sido vencida en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un SMLMV para 2023.

No se emitirá condena en costas en esta sede a cargo de COLPENSIONES pese a no haber salido avante su recurso, por tratarse de un tercero ajeno al acto jurídico demandado, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en que se revisó la sentencia en su favor.

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: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín el 15 de agosto de 2023, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FRANCISCO JAVIER OSORIO QUINTERO contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., en cuanto a disponer que el cumplimiento de las órdenes impartidas deberá ser verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., sin trasladar consecuencias negativas a la parte actora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

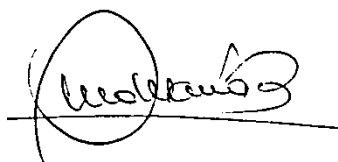
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y en favor del demandante. Agencias en derecho en el equivalente a un SMLMV para 2023.

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)