

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Dora Cecilia Sánchez Jaramillo
DEMANDADO	AFPs Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 011 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 011 2021 00174 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 252 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Modifica, adiciona y confirma

En la fecha, **quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Luz Patricia Quintero Calle y como ponente, Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación presentados por los apoderados de **la demandante y Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Dora Cecilia Sánchez Jaramillo**, al que también fue convocada la **AFP Protección S.A.**. Radicado único nacional 05001 3105 **011 2021 00174** 01.

Auto: en los términos y para los efectos del poder conferido se les reconoce personería a las abogadas **Daniela Echeverry García y Mónica Alejandra Rodríguez Rubio**, para que continúen con la representación judicial de Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, respectivamente.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración el proyecto discutido y aprobado mediante acta N° **029**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

Atendiendo lo que es objeto de análisis en esta instancia, se tiene que la actora busca obtener la declaración de ineficacia y/o nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A., al carecer de validez, debido a la existencia de vicios en el consentimiento. Además, pide se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPMPD. En consecuencia, ruega condenar a Protección S.A. a restituir a Colpensiones todos los aportes realizados, incluyendo los rendimientos financieros y las cuotas de administración, y a esta última entidad a que reciba dichos conceptos y reactive su inscripción. También requiere para que Protección S.A. asuma las 257 semanas en mora del empleador Fundiciones y Metalmecánica de Colombia al haber omitido las acciones de cobro.

En sustento de ello afirma que, nació el 07 de septiembre de 1966, realizando aportes al extinto ISS entre enero de 1989 y agosto de 1995, para un total de 144 semanas. Asevera que el 30 de noviembre de 1995 se trasladó a Colfondos S.A., y el 11 de abril de 2002 tuvo movilidad a Protección S.A., cotizando en dicho fondo un total de 694 semanas, reportando un total de 838. Esgrime que, al momento de afiliarse al RAIS, no recibió una asesoría clara y concreta acerca de la edad mínima requerida para pensionarse, ni del saldo necesario en su cuenta de ahorro individual. Es decir, no le informaron con qué ingreso base de cotización (IBC) debía contribuir para la pensión anticipada o completar el capital necesario para acceder a la de vejez. Además, no se le explicó a qué edad

se redimiría el bono pensional, ni la diferencia en la cuantía de la mesada que recibiría en el RAIS en comparación con el RPM. Asimismo, no se le indicó que podría regresar al fondo público antes de cumplir los 47 años, ni recibió asesoramiento previo a dicha fecha. Sostiene que, el 21 de enero de 2021, Protección S.A., al realizarle la proyección de la pensión, le expuso que no podría acceder a la misma sino a una devolución de saldos, mientras que en Colpensiones, según sus cálculos obtendría una mesada de \$3.677.898,00. Que solicitó el retorno a Colpensiones el que le fue negado. Asevera que labora de manera ininterrumpida con Fundiciones y Metalmecánica de Colombia S.A. desde el 02 de marzo de 2002, no obstante, en la historia laboral no se reflejan las semanas entre enero de 2015 y noviembre de 2019, sin que el fondo privado hubiese ejercido las acciones de cobro para la recuperación de dichos tiempos. Manifiesta que sumadas las cotizaciones reportadas por Protección S.A., 838 con las que se encuentran en mora 257, arrojaría un total de 1095 en toda la vida.

Después de subsanadas las deficiencias advertidas por el despacho, en auto del **02 de diciembre de 2021**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación así:

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, admite lo relativo a la fecha del natalicio de la demandante y la de afiliación a dicho fondo, así como la negativa del retorno al régimen de prima media. Los restantes supuestos no le constan; no obstante, en su defensa indicó que antes, durante y después de la afiliación, se le brindó de manera clara, concisa, pertinente y comprensible a la demandante, una asesoría completa e integral, en la que se le informó sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, ventajas, desventajas, diferencias con el de prima media, mostrándole que ambos cubren los riesgos de vejez, invalidez y muerte, pero bajo reglas legales y principios financieros diferentes. También se le dio a conocer la

posibilidad de retractarse, las diferentes modalidades de pensión y la forma como se reconoce la misma en el RAIS y se le ilustró sobre el bono pensional, manifestando su intención de pertenecer al RAIS con la firma del formulario. **Resistió las pretensiones** y propuso como excepciones tendientes a enervarlas la de prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación al fondo e inexistencia de perjuicios.

Protección S.A., reconoce la fecha de nacimiento de la actora y la de suscripción del formulario de afiliación a la entidad. De igual forma acepta la proyección realizada en enero de 2021, la petición de ineficacia de traslado y la respuesta negativa. los restantes supuestos no le constan. Afirma que a la actora se le explicaron con claridad todas las características del RAIS y principalmente que la pensión se construye a través de un ahorro en una cuenta individual en la que se consignan sus aportes pensionales y se obtiene rentabilidad financiera, y que es a partir de ese ahorro que se define la mesada pensional, teniendo en cuenta para liquidar la misma: - Capital ahorrado: aportes obligatorios, voluntarios y rendimientos financieros. - Existencia de un Bono Pensional y el valor del mismo - Edad de retiro- Composición del grupo familiar – beneficiarios- Expectativa de vida según tabla de mortalidad de rentistas, - Factor actuarial (combinación expectativa de vida y factor financiero), - Regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada. **Enfrentó las pretensiones** y formuló las excepciones de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver cuotas de administración y seguros previsionales por falta de causa y afectar terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Colpensiones, acepta como ciertos la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación a dicha entidad, las semanas cotizadas, el traslado al RPM, la petición de retorno y la contestación dada. Los demás hechos no le constan. **Resistió** las pretensiones y formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación de traslado de régimen, prescripción, buena fe, inoponibilidad por ser terceros de buena fe, responsabilidad sui generis de la entidad, proporcionalidad y ponderación, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, sostenibilidad del sistema financiero e improcedencia de condena en costas.

La primera instancia concluyó con sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito, en la que declaró no probadas las excepciones formuladas, así como la ineficacia de la afiliación de la señora Dora Sánchez a la AFP Colfondos S.A. el 30 de noviembre de 1995, y en consecuencia que para todos los efectos legales nunca tuvo movilidad al RAIS, esto por la no acreditación del deber de información en los términos explicados por la jurisprudencia especializada. Condenó a Protección S.A., a retornar a Colpensiones, dentro de las 30 días siguientes as la ejecutoria de la providencia, *las sumas del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que pudiere haber lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados,* adjuntando al momento de cumplir relación de conceptos discriminando valores, detalle pormenorizado de ciclos, aportes y demás información relevante. **Así mismo, la citada AFP cuenta con la posibilidad de adelantar las acciones que considere pertinentes, a fin de efectuar la reclamación de los valores actualizados que considere que Colfondos le adeuda.** Ordenó a Colpensiones recibir tales rubros y reactivar la pertenencia de la actora al RPM sin solución de continuidad. Absolvió de la pretensión de

reconocimiento de semanas en mora, al indicar que no se encontraba acreditado tal supuesto al no haberla reportado el empleador como trabajadora durante dichos lapsos. Impuso costas Protección S.A y a Colfondos S.A., distribuyendo el monto de las agencias en derecho a cargo de cada una.

Inconformes con tal pronunciamiento se interpuso recurso de **apelación** así:

Demandante. En lo que tiene que ver con no ordenarle a Protección S.A., asumir las 257 semanas en mora por parte del empleador "Fundiciones y Metalmecánicas de Colombia", al haber omitido la entidad el ejercicio de acciones de cobro necesarias para obtener el pago, a pesar de que continúa prestando servicios a la empresa y manteniendo sus cotizaciones con la misma. Destaca que no ha cesado sus labores para la sociedad y que el no ejercicio de los deberes por parte de la AFP ha afectado la exigibilidad de su derecho pensional, requiriendo se revise la prueba aportada, incluida la historia laboral y con ello se revoque la sentencia.

Colfondos S.A., señala que, en la fecha de afiliación de la demandante, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad solo estaban obligadas a proporcionar un formulario, surgiendo el deber de suministrar asesoría directa solo a partir del año 2014 con la Ley 1748 y el Decreto del Consumidor Financiero 2071 del 2015.

Además, destaca que, durante el interrogatorio de parte y dentro del proceso se evidencia que la actora se afilió de manera libre, voluntaria y sin presiones, eligiendo los fondos de forma consciente, adicionalmente aduce que la falta de demostración por parte de la demandante de circunstancias que hubieran viciado su consentimiento o presiones en relación con su vinculación hacen improcedente su pretensión.

Por último, insta para que no se emita condena en costas, al haberse efectuado el traslado de manera libre y consciente.

Al ser la decisión adversa a Colpensiones se conoce frente a la misma en el grado jurisdiccional de consulta.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** antes esta instancia hizo uso la **demandante**, solicitando se confirme la sentencia en cuanto dispuso la ineficacia de la afiliación ante la falta de asesoría e insistiendo en que se condene al fondo a reconocer las semanas que se encuentran en mora.

Colfondos S.A., expone que no se da ninguno de los supuestos para la ineficacia del traslado regulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, quedando demostrado el consentimiento voluntario de la afiliada en formulario que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP, y parágrafo del 54 A del CPT, en el que además está contenida la declaración de voluntad exigida por el canon 114 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiese desconocido o propuestos tacha, estando también en cabeza de la actora su deber de ilustrarse debidamente, habiéndosele garantizado el derecho de retracto y de libre escogencia, sin que la inferencia del incumplimiento del deber de información encuentre sustento alguno, al no ser posible la imposición de cargas probatorias inexistentes para la época del cambio, debiéndose realizar por el operador jurídico un análisis crítico y en conjunto de todas las pruebas.

Dedica el profesional un apartado para explica la diferencia legal entre la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos. Trae a cita la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral frente al tema, y finalmente, alude a la devolución de rendimientos, cuotas de administración, primas de seguros previsionales, rendimientos e indexación

de las condenas, rogando, **en forma contradictoria con lo expresado, al estarse ante un fallo absolutorio, revocarlo en su integridad.**

Colpensiones, pide la revocatoria de la decisión, al haberse trasladado la reclamante a través de la firma de un formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones, enmarcándose el deber de información que tenía el fondo privado en los postulados del Decreto 663 de 1993, sin que sea razonable jurídicamente imponer obligaciones y soportes no previstos en la Ley, pues, se desvirtuarían los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso. Afirmo que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria, y sin considerar los aspectos puntuales de cada caso, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C086-2016, sin que, para el caso, la parte actora acredite los supuestos de hecho que esgrime, pretendiendo bajo esta figura que se le exima de probar mínimamente lo alegado.

Adujo que el Decreto 2241 de 2010, exige al consumidor financiero unos deberes, por lo que debe tenerse en cuenta el silencio en el transcurso del tiempo y con ello la decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, sin que se advierta, por demás, que el traslado se haya dado por falta de información, pues, el asesor le brindó una asesoría y con ella fue que tomó la determinación de suscribir el formulario, afectando la declaratoria de ineficacia de la afiliación la sostenibilidad financiera del sistema, y poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad de los demás afiliados, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución.

Finalmente, y en caso de confirmarse la decisión, insta para que se ordene la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima,

cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con las cuotas de administración, primas de reaseguro, debidamente indexada.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Atendiendo el recuento realizado, las inconformidades de los recurrentes y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y su movilidad entre administradoras dentro de este. En el evento de llegarse a la misma conclusión del a quo, se establecerá si es viable su retorno automático a COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden. De igual forma se determinará si es procedente ordenarle a Protección S.A., que asuma semanas ante la presunta mora del empleador de la demandante.

Pues bien. Se narra en los hechos que sustentan la acción que la incorporación y permanencia de la señora Dora Sánchez en el RAIS obedeció a la falta de ilustración **suficiente**, por lo que no existió una voluntad informada, invocando la consecuencia jurídica de la ineficacia, desarrollada en línea mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, con sustento en los artículos 13 – b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, quedando debidamente acreditados, para lo que interesa, su fecha de nacimiento, **07 de septiembre de 1966**; su vinculación al sistema pensional en el RPM el 05 de julio de 1989, con cambio al RAIS – AFP Colfondos S.A. el 30 de noviembre de 1995, y posterior movilidad entre administradora a Protección S.A. el 11 de abril de 2002, fondo en el que continua activa.

Así las cosas, tal como se expone por la parte que promueve el litigio y fue ampliamente explicado por el a quo, para la fecha existe una línea jurisprudencial reiterada mayoritariamente por la Sala de Casación Laboral desde las sentencias con radicación 31314, 31989 ambas de 2008 y 33083 de 2011, en las que se estableció que la sanción al acto de selección o cambio de régimen sin consentimiento informado seria la **nulidad**, lo que varió a partir de la proferida el 03 de septiembre de 2014, rad. 46292, en que quedó definido que a la luz de lo regulado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que lo que procede es la **ineficacia del acto**, con efectos **ex ante**, que implica el retorno de la situación al estado anterior como si el negocio viciado no hubiese existido jamás.

Y tal como se advierte en las explicaciones de defensa de las AFP contra quienes se dirige la acción, el deber de información ha tenido una evolución en su regulación, por lo que se hace referencia a etapas acumulativas. Frente al particular la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 Superior, siendo las dos primeras actividades una manifestación típica de política pública y, la última, la materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia con la radicación citada, 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 que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, según la siguiente sucesión normativa:

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° 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°, 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° del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Luego, en réplica de lo aducido por la apoderada de **Colfondos S.A.** en sus argumentos de alzada, ilustrativos resultan los siguientes apartes de la sentencia SL4322-2022 en la que se analizó asunto análogo:

Las normas aplicables para la época del traslado de régimen 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.

...

De paso, se controvierte la tesis esgrimida por el juez de segundo grado respecto de la improcedencia del quebrantamiento del traslado por error de derecho, con base en el artículo 1509 del Código Civil, que frente a lo expuesto debe ceder y, por ello, ha de recordarse que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, con lo cual, el fundamento para su declaratoria es el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena dejar sin efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, los laudos, pactos, convenciones y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto, así como los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sin apelar para ello a irregularidades en los requisitos de que trata el art. 1502 del CC o al desconocimiento de la ley a que alude el artículo 9 del mismo Código.

Así las cosas, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en él la prueba de uno de los vicios: error, violencia y dolo, atinentes a la validez, para, en vez de ello, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia y que concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado

Se sigue de lo anterior que el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, como erradamente parece haberlo entendido el Tribunal y, mucho menos, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), ni la suscripción de ese preimpreso remueve la obligación que le asistía a las AFP de cumplir con el requisito de brindar la debida información y de probarlo en el proceso, así como tampoco lo hace la aceptación en el interrogatorio de parte del demandante de haber recibido una información, pero no con las características y profundidad debidas.

....

No tiene incidencia, en principio, el hecho de que el recurrente haya seleccionado una segunda administradora del Régimen de Ahorro Individual en el año 2012, primero, porque con ello no se está convalidando la ineficacia cuando se hizo el traslado de régimen (CSJ SL,

09 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, entre otras) y, en segunda medida, porque si se decreta el acaecimiento de tal figura, esa declaratoria afecta a todas las administradoras que se hayan sucedido desde la inicial a la cual se hizo el traslado, por cuanto la aspiración en el fondo entraña que se entienda que el afiliado permaneció en el Régimen de Prima Media, es decir, que para todos los efectos nunca lo abandonó.

Vale la pena insistir en que lo que la Corte al respecto ha determinado es que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019).

En esa línea es que la Sala ha explicado que por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020.

...

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).

...

Téngase presente, es factible que los jueces se aparten del precedente jurisprudencial, pero para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó esta misma Sala de Casación, en la sentencia CSJ SL440-2021:

Ahora, es cierto que los jueces del trabajo deben considerar en sus sentencias el precedente judicial vertical que emana de la Sala de Casación Laboral. En efecto, al ser esta el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (CC C-836-01 y CC -621-2015).

En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-, bien por: (i) ausencia de identidad

fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015). Negrillas intencionales.

Y en la sentencia de instancia se concreta:

De otro lado, la Corte ha sostenido que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. En tal sentido, ha dicho que exigir al afiliado una prueba de esta naturaleza es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación. El artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conozca las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Asimismo, cabe destacar que la documentación que soporte el traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la obligada a brindar la información aludida y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su cabal cumplimiento.

En ese sentido, no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo y experticia, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera, hoy en día, una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (v. gr. art. 11, literal b, Ley 1328 de 2009). Conforme lo anterior, es claro que la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones.

...

De otra parte, no es cierto que para que proceda la ineficacia del traslado, el afiliado deba contar -al momento del cambio de régimen pensional- con un derecho adquirido o expectativa legítima, pues, como con insistencia lo ha señalado esta Sala de la Corte, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En el caso concreto, **coincide esta Sala con la conclusión del a quo, pues ninguna de las dos AFP allegó el soporte de la información**

entregada, y más aún, Colfondos S.A., administradora con la que se dio el cambio de régimen, al replicar los hechos dice **no constarle la afiliación previa al régimen de prima media y el número de semanas cotizadas, datos de gran trascendencia para el estudio pormenorizado que dice haber efectuado y** Protección S.A., tampoco adosó evidencia de la ilustración, teniendo en cuenta las etapas acumulativas ya reseñadas.

Se confirma entonces la **ineficacia** del traslado que del RPMPD hizo la demandante al RAIS y la movilidad entre administradoras del mismo, y consecuente con ello su incorporación automática al primero.

En virtud del grado jurisdiccional de **consulta, se revoca y modifica el numeral tercero de la parte resolutive**, en cuanto dispuso,

Así mismo, la citada AFP cuenta con la posibilidad de adelantar las acciones que considere pertinentes a fin de efectuar la reclamación de los valores actualizados, que considere que la otra AFP demandada COLFONDOS, a la que la demandante estuvo afiliada le adeude.

Para en su lugar, **ordenar a Protección S.A. retornar a Colpensiones**, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la reclamante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si a estos últimos hay lugar. Paralelamente, esta AFP, al igual que **Colfondos S.A.**, devolverán a Colpensiones los gastos de administración, las primas por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima deducidos durante el tiempo de afiliación de la señora Dora Sánchez a cada una de estas sociedades, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, ello con sustento, entre otras, en providencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, **SL 843-2022**, SL755-2022, SL756-

2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL2484-2022, SL4322-2022, **SL112-2023**, SL554-2023 y SL1084-2023.

De cara a la inconformidad de la parte actora, se pasa analizar si es posible ordenarle a Protección S.A., el retorno a Colpensiones las 257 semanas que aduce se encuentran en mora por parte de su empleador, desde enero de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2019, y frente a lo cual dicha entidad podía ejercer acciones de cobro. Sobre el particular es de indicar que, según el criterio actual de la jurisprudencia especializada, le corresponde a la parte actora demostrar el hecho generador de los aportes, esto es, que prestó sus servicios a la empresa frente a la que pretende las cotizaciones durante el periodo que señala. Esto se debe a que la contribución al sistema de pensiones se origina a partir de la actividad desempeñada por el trabajador afiliado, siendo los aportes una consecuencia directa de la labor ejecutada (véanse las sentencias SL1691-2019, SL2000-2021, SL571-2023).

Sobre dicho requisito al momento de convalidar el tiempo cotizado como semanas en mora, en la sentencia SL1116-2022, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explica:

*Se advierte frente al tema planteado que la Sala ha adocinado **que para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas** (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021). Precisamente, en dicha decisión se indicó:*

Por otra parte, también el juez plural determinó que para contabilizar las semanas reportadas con mora del empleador, era necesario acreditar que en ese lapso existió un vínculo laboral, o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en esos periodos.

Tal razonamiento tampoco es equivocado y, por el contrario, está acorde con lo adocinado por esta Corporación en su jurisprudencia (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092-2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018). Precisamente en la providencia CSJ SL3707-2017, la Sala señaló:

"Ahora bien, en cuanto a las alegaciones del censor referentes a la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, cumple recordar que la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia y estableció que cuando se presente dicha situación, y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro".

Conforme lo anterior, en el caso de un trabajador dependiente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, las cotizaciones legalmente se causan o generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL 34256, 10 feb. 2009, CSJ SL9808-2015 y CSJ SL13276-2015), criterio que se acompasa con lo previsto en el literal I) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición." Negrillas fuera del texto.

Y en la SL918-2022, sobre la existencia de la relación laboral como presupuesto necesario para el pago de aportes a pensión, se expresa:

La Corte tiene adocinado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la existencia del contrato de trabajo; en otras palabras, es la actividad efectiva desarrollada en favor de un empleador la que causa o genera el deber de aportar al aludido sistema pensional a nombre del trabajador afiliado dependiente.

Sobre el tema, en sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008 rad. 34270, la corporación explicó que «en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la decisión CSJ SL8082-2015, se señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del

servicio», y en la providencia CSJ SL759-2018 se sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras».

Así las cosas, los derechos pensionales y las cotizaciones al sistema son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado el afiliado y están dirigidos a garantizar al asalariado o a sus beneficiarios un ingreso económico periódico. De allí que, para que pueda hablarse de inclusión de cotizaciones, es necesario que haya pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo, los aportes de un empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real (CSJ SL1847-2020).

/.../

Conforme a lo señalado, es dable colegir, que cuando existen periodos en mora por parte de algún empleador, le corresponde a la entidad de seguridad social ejercer las acciones de cobro y si no lo hace, esa inactividad no puede perjudicar los derechos del trabajador, por ende, deben ser contabilizados para efectos pensionales, siempre que se demuestre la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de éste, que es lo que da lugar al pago de aportes.

En otros términos, no puede el juez entrar a convalidar ciclos con una aparente mora patronal, sin tener la certeza de que en estos el afiliado tuvo un vínculo laboral, puesto que la omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizado esos meses, de allí que es necesario, se insiste, que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral subordinado, esto es, que los periodos que se reclaman al empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real. Negrillas intencionales.

Tomando en consideración lo expuesto, si bien en la historia laboral no aparece el lapso que la parte actora reclama, tal y como se advierte a continuación:

2015						
FUNDICIONES Y METALMECANICAS DE COLOMBIA SA 810033466						
Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados	Origen de la información	Estado	Aportar
2015/01	\$144.900	\$42.579	3	PROTECCION	Pendiente de aprobación	<input type="checkbox"/>
2016						
FUNDICIONES Y METALMECANICAS DE COLOMBIA SA 810033466						
Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados	Origen de la información	Estado	Aportar
2016/01	\$144.900	\$42.579	3	PROTECCION	Pendiente de aprobación	<input type="checkbox"/>
2020						

También lo es que Protección S.A., adosó soportes en los que indica la fecha en que inicia y finaliza la relación laboral:

PROTECCION S.A.				14/01/22		12:14:27	
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS **VERSION 19.0**						DCASTAMB	
AFEM04 Consulta relación afiliado - empleador							
				Consecutivo		4	
Afiliado	CC	42770670	SANCHEZ DORA CECILIA				
Empleador	NIT	811032456	FUNDICIONES Y METALMECANICAS DE COLOMBIA				
Tipo de afiliado	1 Dependiente						
Estado relación	INA INACTIVA			Ind ret invalida		N No	
Fecha inactivación	AUT						
Fecha inicio relación	31012015			Origen de inicio		01 Normal	
Empleador anterior							
Fecha término contr.	31012015			Origen de término		01 Normal	
Último salario base	161,900.00						
Tarifa alto riesgo							
Mes devenga tar apor	012015			Mes pago tar apor		022015	
Primer periodo acr	052002			Último periodo acr		012015	
Uti. por días cotiz	012015			No. Periodos cotiz		1	

PROTECCION S.A.				14/01/22		12:15:07	
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS **VERSION 19.0**						DCASTAMB	
AFEM04 Consulta relación afiliado - empleador							
				Consecutivo		3	
Afiliado	CC	42770670	SANCHEZ DORA CECILIA				
Empleador	NIT	811032456	FUNDICIONES Y METALMECANICAS DE COLOMBIA				
Tipo de afiliado	1 Dependiente						
Estado relación	ACT ACTIVA			Ind ret invalida		N No	
Fecha inicio relación	31122019			Origen de inicio		01 Normal	
Empleador anterior							
Fecha término contr.				Origen de término			
Último salario base	4,857,000.00						
Tarifa alto riesgo							
Mes devenga tar apor	122019			Mes pago tar apor		012020	
Primer periodo acr	122019			Último periodo acr		112021	
Uti. por días cotiz	112021			No. Periodos cotiz		24	

Y la actora, no trajo medio de convicción a fin de tener dicho lapso dentro de una relación laboral, esto es, no acreditó la existencia del vínculo con la compañía a fin de establecer la obligación de la misma de contribuir al sistema y la falta de acciones del fondo frente al cobro de dichos lapsos, adicional a que tampoco se citó a la empresa con la que se pregona el contrato. Luego, no es factible contabilizar aquellos aportes para efectos de que Protección S.A., los retorne a Colpensiones, por lo que se confirma la sentencia. **No obstante, de probarse el vínculo laboral con los medios de prueba idóneos con Fundiciones y Metalmecánicas de Colombia ante la entidad de seguridad social, la misma deberá recibirlos, siempre y cuando se cancelen conforme la regulación legal.**

En lo atinente a **la condena en costas**, en la que se incluyen las agencias en derecho, al ser una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, se traduce en una obligación que se dirige contra

el patrimonio de la parte vencida, que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir (auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019), por lo que es procedente **confirmar las de primer grado.**

Sin costas en esta instancia, ante las resultas adversas de los recursos.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **modifica y adiciona** la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Dora Cecilia Sánchez Jaramillo** en contra de las **AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Protección S.A. y Colpensiones**, así:

El numeral tercero, revoca en cuanto dispuso,

Así mismo, la citada AFP cuenta con la posibilidad de adelantar las acciones que considere pertinentes a fin de efectuar la reclamación de los valores actualizados, que considere que la otra AFP demandada COLFONDOS, a la que la demandante estuvo afiliada le adeude.

Para en su lugar **ordenar a Protección S.A.** retornar a Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, si a ello hay lugar. Paralelamente, esta AFP, al igual que **Colfondos S.A.**, devolverán a Colpensiones los gastos de administración, las primas por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima deducidos durante el tiempo de afiliación de la actora a cada una, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

En lo demás confirma.

Ante el resultado de los recursos no hay lugar a condena en costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Las magistradas (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Con aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, la providencia CSJ STL3201-2020), en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga; bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada