

**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:	05001310501520190083701
Proceso:	Ordinario
Demandante:	NANCY MARIA HENAO CARVAJAL
Demandado:	EPM S.A. ESP, PROTECCION S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	12 de agosto de 2022
Decisión:	Revoca

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 16 de agosto de 2022 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, doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	NANCY MARÍA HENAO CARVAJAL
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S. A
ORIGEN	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-015-2019-00837-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NANCY MARÍA HENAO CARVAJAL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, y PROTECCIÓN S.A.

Atendiendo al poder remitido vía correo electrónico el 28 de julio de 2022¹ , se reconoce personería para representar los intereses de COLPENSIONES al abogado Sebastián Orrego Betancurt con CC 1.128.394.745 y portadora de la TP 278.334 del C.S. de la J., quien funge como apoderado de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S., identificada con NIT 900264538-8 a quien le fue conferido poder a través de escritura pública N°3377 del 2 de septiembre de 2019 de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

La señora Nancy María Henao Carvajal formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A., pretendiendo se declare: **i)** la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al RAIS. En consecuencia, de lo anterior se ordene **ii)** el traslado automático del RAIS a través de Protección S.A. al RPM administrado por Colpensiones, a **iii)** Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los

¹Carpeta 02SegundaInstancia, archivo 03AlegatosPorvenir.pdf

² Carpeta 01Primera Instancia; Archivo 01.PROCESO 2019-00837 COMPLETO.PDF, Págs. 9/20

rendimientos que se hubieren causado, además de enviar o notificar a la oficina de Devolución de Aportes Bono Tipo A – Vicepresidencia de Pensiones de Colpensiones o dependencia que haga sus veces; el detalle completo de devolución de aportes correspondiente a los periodos de cotización efectuados en el RAIS, junto con la estructura y especificaciones técnicas requeridas y acordadas entre los Fondos Privados, Asofondos; y se le ordene a **iv)** Colpensiones la aceptación del traslado y a incorporar los aportes en el reporte de semanas de cotización del RPM **v)** Costas y agencias en derecho, y por ultimo **vi)** Lo ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 21 de julio de 1963 e inició cotizaciones ante el Sistema General de Pensiones a través del RPM en mayo de 1983 hasta el mes de junio de 1995, año en el cual se trasladó al RAIS a través de Cesantías y Pensiones Colmena -hoy Protección S.A.-, como consecuencia de una asesoría, en donde se le informaron acerca de los beneficios de trasladarse a la AFP, sin embargo no le explicaron sobre la forma como se obtiene la pensión en el RAIS, ni respecto a las consecuencias adversas de su traslado. El 16 de julio de 2010, se le realizó una reasesoría pensional, en la cual procedieron a hacerle una proyección de su pensión en ambos regímenes, y se le indicó que era ms conveniente quedarse en Protección S.A., por lo que decidió quedarse en el mismo. No obstante, el 18 de noviembre de 2018, se le realizó una nueva proyección pensional, en la cual se advierte que lo más conveniente a sus intereses es el RPM.

En 27 de noviembre del año 2019, elevó reclamación administrativa ante Colpensiones y Protección S.A., solicitando el traslado de régimen, quién las cuales fueron resueltas desfavorablemente.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones³

Por carecer de fundamentación legal y fáctica, por cuanto Colpensiones no incumplió con ninguna obligación legal, toda vez que la afiliación se realizó en debida forma, siguiendo lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modifico el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, obra dentro del proceso el formulario de afiliación al RAIS, con el cual se demuestra que no hubo constreñimiento alguno al momento de trasladarse de régimen, por lo que la decisión de la actora fue libre y espontánea desconfigurándose así un posible vicio del consentimiento. Excepcionó: improcedencia de declarar ineficacia o nulo la afiliación al RAIS, prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, devolución de cuotas de administración, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe de Colpensiones, y la que llamó “genérica”.

³ Carpeta 01PrimerInstancia; Archivo 12. Memorial y correo 03 12 2020.pdf

ii) Protección S.A.⁴

El acto de afiliación es existente, válido y exento de vicios, se realizó atendiendo los lineamientos legales vigentes para la época en que se suscribió el formulario de afiliación, donde la afiliada manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS al plasmar allí su firma, generando derechos y obligaciones para ambas partes; dicho traslado se hizo en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación. Así las cosas, la parte actora no puede pretender la declaratoria de una ineficacia y/o nulidad soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, toda vez, que un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

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 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, innominada o genérica.

Sentencia de primera instancia⁵

El 26 de julio de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín profirió sentencia declarando que la afiliación de la demandante a Protección S.A., es válida y eficaz, al habersele realizado una reasesoría con la que cumplió el deber de información. Absolvió a Colpensiones y a Protección S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora. Condenó en costas a la parte demandante, fijando agencias en derecho en la suma equivalente a 2 SMLMV (1.817.052).

La juez de primera instancia advirtió el precedente judicial vigente en la materia y señaló que no se configura ninguna causal de nulidad, toda vez que Protección S.A. enmendó su incumplimiento al deber de información al momento del traslado con la reasesoría brindada a la demandante en el año 2010, en la cual se le realizó una proyección pensional teniendo en cuenta las condiciones del mercado financiero para la fecha, y en la cual se le advirtió a la accionante que le era más conveniente permanecer en el RAIS y así lo decidió la demandante.

Recurso de apelación:

i) Parte demandante: Inconforme con lo decidido en primera instancia formuló recurso de apelación deprecando se revoque la sentencia, argumentando que ni en el acto de vinculación inicial, ni en la reasesoría pensional brindada por Protección en el año 2010, se le otorgó a la demandante un análisis detallado de la situación pensional en ambos regímenes; toda vez que, que no se le realizó marco comparativo entre el RPM y el RAIS,

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia; Archivo 15. Contestacion y correo 04 03 2021..pdf

⁵ Carpeta01PrimeraInstancia; archivo 21. ACTA de Audiencia 2019-837.pdf

como si se hizo en la proyección pensional realizada en el 2019, que clarificara bien su situación pensional y fue ahí donde verdaderamente la actora se dio cuenta de las consecuencias adversas que había traído su traslado al RAIS.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Concedido el traslado para alegar de conclusión en esta sede, solo **Colpensiones**⁶ lo describió oportunamente, ratificándose en la contestación de la demanda y los alegatos de primera instancia, solicitando que en caso de que sea confirmada la decisión, los fondos privados trasladen todos los aportes, incluidos los rendimientos y los gastos y cuotas de administración, egresos que han fortalecido el patrimonio del fondo privado a expensas de la mala asesoría que realizó a la demandante.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS; de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias de dicha declaración, como el que su 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.

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

Hechos relevantes acreditados documentalmente

Nancy María Henao Carvajal nació el 21 de julio 1963⁷. Inicialmente se afilió al extinto ISS el 26 de mayo de 1983⁸. El 10 de julio de 1995 suscribió traslado con destino a Cesantías y Pensiones Colmena -hoy Protección S. A.-⁹. Para el 03 de marzo de 2021 contaba con 1.303,0 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 154,86 lo fueron ante Colpensiones¹⁰. El 16 de julio de 2010 recibió por parte de Protección S.A. reasesoría y

⁶ 02SegundaInstancia, archivo 03MemorialSustitucionAlegatos.pdf

⁷ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Pág. 21. No se aportó registro civil de nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía del demandante, que suministra esa información, no controvertida por la pasiva.

⁸ Carpeta 01PrimeralInstancia; Carpeta 13CC-43059054, archivo GRP-SCH-HL66554443332211_1871-20201117093938.PDF

⁹ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Pág. 46 y 15. Contestacion y correo 04 03 2021..pdf, Pág. 37

¹⁰ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 15. Contestacion y correo 04 03 2021..pdf, Pág.56

proyección pensional¹¹. Posteriormente, en el año 2019 solicitó a Protección S.A.¹², entre otros, autorizar su traslado al RPM, la cual fue resuelta negativamente el 02 de diciembre del mismo año¹³, por encontrarse dentro de la prohibición legal de ello al estar a diez años de cumplir la edad pensional. En igual sentido el 28 de noviembre de 2019, radicó ante Colpensiones¹⁴ solicitud de autorización de traslado a dicho régimen, la cual fue negada en igual sentido¹⁵.

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte de la demandante, 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) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁸; iv) 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 expresas¹⁹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²⁰.

¹¹ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 15. Contestacion y correo 04 03 2021..pdf, Págs. 74/81

¹² Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Págs. 24/25

¹³ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Págs. 32/34

¹⁴ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Págs. 22/27

¹⁵ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Pág. 28

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, debido a 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 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. disponiendo 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.

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 AFP 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*”. No pudiéndose predicar como sostiene la pasiva, ni 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 esa alta Corporación de Justicia sobre la necesidad de que la decisión del traslado de Régimen esté precedida de toda información relevante que el Fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual, debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior Régimen y sus posibles consecuencias futuras. Pues, conforme al 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 en las que se sancionaba la falta de información relevante.

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

- (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) La información debe ser completa y comprensible. y,
- (iii) La información debe proporcionarse 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 afiliado.

Múltiples Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín han considerado que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de

transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, 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.

Lo anterior, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688-2019 y 373 de 2020, que 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 que la suscripción del formulario acredita la libre, voluntaria e informada manifestación de voluntad de la afiliada al momento del traslado o que debe desatenderse la línea jurisprudencial en materia de carga probatoria en asuntos como el que nos ocupa, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, menos aún, por cuanto, en los asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que el mismo estuviese precedido de la satisfacción del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó a la afiliada, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, no recibió asesoría previo a suscribir el traslado, pues la asesora era una amiga suya, quien ganaba por afiliar personas a la AFP y solamente se limitó a indicarle que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado podría pensionarse con una mesada mas alta, además de que podría hacerlo anticipadamente.

No son admisibles los argumentos expresados por Protección S.A., en cuanto a que, al momento del traslado, éste obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley; se satisfizo el deber de información en los términos exigidos para entonces; situación que tampoco acreditó, limitándose a afirmar que así había ocurrido. El que asevere que han hecho campañas masivas para educar al consumidor financiero y comunicados de prensa informando los cambios normativos o que el deber de información no fue obligatorio si no desde la expedición de la Circular 016 de 2016 o que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones que surgieron en 2010 y 2014, puesto que a la actividad misma de la administradora demandada subyace la obligación desde la creación misma del régimen pensional, de ilustrar suficientemente al potencial afiliado sobre las condiciones de ambos regímenes, su funcionamiento y expectativas, de manera que cada persona adopte una decisión informada y consciente sobre su futuro pensional

No pudiéndose aplicar tampoco, a la aquí demandante la regulación de 2010 sobre deber del consumidor financiero, por cuanto su traslado se firmó en 1995 cuando no existía esa disposición, pero sí estaba vigente y se ha consolidado la que ha obligado a las AFP a brindar la información no bastando con la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto su uso, no exime, ni avala la omisión de los deberes impuestos por las leyes a las AFP, y por tanto, se reitera, que previo a la suscripción de ese formulario, éstas entidades

deben en un acto responsable y comprometido con su función social, dar a conocer a los potenciales afiliados, todas las implicaciones del traslado, como sostuvo la Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

Sobre la carga dinámica de la prueba, ha de indicarse que ésta radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta 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, de estar facultado el fallador por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y en asuntos como el que hoy nos ocupa, 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 le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le 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 recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sublite, mediante la prueba documental arribada, se evidencia que Nancy María Henao Carvajal nació el 21 de julio 1963²¹, por lo que, al 01 de abril 1994, cuando inició vigencia el SGSSP para ella, tenía 31 años, y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones, por lo que nunca fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 El 10 de julio de 1995 suscribió traslado con destino a Cesantías y Pensiones Colmena -hoy Protección S. A.-²², el cual se acusa de ineficaz. En el mes de septiembre de 2020 solicitó a Protección S.A.²³, y a Colpensiones²⁴ autorizar su traslado al Régimen de Prima Media, peticiones que fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades^{25 y 26}.

Igualmente fue recaudado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que se trasladó a Cesantías Pensiones Colmena -hoy Protección S.A.- porque una amiga suya que trabajaba con la AFP, la cual ganaba por afiliar personas al fondo privado, la llamó a indicarle que el ISS se iba a acabar y que con la AFP podría recibir una mejor pensión, además de tener la posibilidad de pensionarse anticipadamente.

²¹ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Pág. 21. No se aportó registro civil de nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía del demandante, que suministra esa información, no controvertida por la pasiva.

²² Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Pág. 46 y 15. Contestacion y correo 04 03 2021..pdf, Pág. 37

²³ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Págs. 24/25

²⁴ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Págs. 22/27

²⁵ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Págs. 32/34

²⁶ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 01. PROCESO 2019-00837 COMPLETO.pdf, Pág. 28

Ahora, aun cuando se allegó al plenario copia de la reasesoría y proyección pensional realizada a la demandante el 16 de julio del año 2010 por parte de Protección S.A.²⁷, es de advertir que la ineficacia deriva en la inexistencia del acto, no puede ser ratificada por actuaciones posteriores al afiliado; además el documento aportado por la AFP es poco legible y no logra vislumbrarse de manera clara el contenido del mismo. Por estas razones, la A Quo erró en declarar que la afiliación de la demandante al RAIS a través de Protección S.A. fue valida y eficaz al habersele brindado reasesoría pensional con la que dice se cumplió el deber de información por parte de la AFP, toda vez que en estos procesos se reputa es la ineficacia del primer acto de traslado, el cual no puede ser convalidado por actos posteriores.

Protección S.A. no aportó documental donde se plasme la asesoría que dice haber brindado a la señora Henao Carvajal, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa a la entonces potencial afiliada, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar a la hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el 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 en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario distintos del formulario de afiliación en ésta, sobre el cual la AFP Porvenir S.A. adujo que, estando suscrito por la demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; 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 de la afiliación: **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 Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en

²⁷ Carpeta 01PrimeralInstancia; archivo 15. Contestacion y correo 04 03 2021..pdf, Págs. 74/81

quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, 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 cual, 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 haber transmitido 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.

Los considerandos de esta providencia también sustentan que los actos del demandante posteriores al traslado, como su prolongado silencio, o el sufragar aportes, fueren indicadores de su intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, debiendo recordarse el reiterado precedente de la Sala de Casación Laboral, según el cual, el debate probatorio en los asuntos de ineficacia de traslado se encamina a establecer si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el tantas veces nombrado deber de información, **sin considerar los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar, pues** la jurisprudencia del órgano de cierre en materia de seguridad social ha dilucidado de manera uniforme 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 de traslado, se equipara a la ausencia de información (**SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021**), y adicionalmente, esa falta de información en esta 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 en la providencia **SL2440-2021**²⁸, donde una de las Salas de Descongestión de la CSJ., expuso la tesis de los llamados “actos de relacionamiento,” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la 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 al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Protección S.A., vulneradora de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²⁹ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal y ello implica que, el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado en **sentencia SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta

²⁸ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²⁹ **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.

en el artículo 271³⁰ 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 cual, da lugar a garantizar el derecho de la accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que ha permanecido afiliada, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

Tales motivaciones permiten **revocar** en la sentencia conocida en apelación

b) Consecuencias económicas de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al 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 pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del 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 de ser 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, como ha dilucidado el precedente jurisprudencial de la H CSJ en SCL., que esta Sala acoge.

En consecuencia, se ordenará a **Protección S.A.** que, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, traslade a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentra depositada en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo en que la señora Henao Carvajal figuró como afiliada al RAIS.

Protección S.A., también debe trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, por ella descontadas durante el periodo de afiliación de la hoy demandante, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni, si el dinero del afiliado fue administrado adecuada y eficientemente, sino que, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, y por no haberse estudiado previamente a la afiliación de la situación particular de la hoy demandante, e ignorándose

³⁰ 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 Salud¹ 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.

verdaderamente cuáles fueron los argumentos esgrimidos por dicha AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información que sostiene haberle dado, no es pertinente exonerarla de la devolución de tales conceptos, independientemente de que Colpensiones no haya administrado el dinero del afiliado, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no pudiendo discutir inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración del accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, 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 la pensión que se genere en favor de la hoy demandante, como anteriormente se explicó.

Protección S.A., además deberán responder por la devolución de lo descontado por cuotas o gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante ante Colmena S.A, en virtud de la fusión presentada por esa AFP con Protección S.A. respectivamente, al celebrar el referido negocio jurídico, se subroga tanto en derecho, como en obligaciones respecto de sus afiliados, y debe protegerse el equilibrio financiero del RPM.

Se rememora que, para efecto de la devolución de conceptos hacia el RPM, con anterioridad, esta Sala de Decisión disponía que, el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral³¹ contenido en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de hoy demandante en ella, se deben trasladar debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana constituye un hecho notorio.

³¹ Esta Sala atiende el precedente judicial original de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 y dando aplicación al artículo 1746 del Código Civil, en los cuales fundamentan la *ratio decidendi* de estos procesos, donde esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, si los hubiere, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a Colfondos S.A., que traslade a Colpensiones, los valores descontados a la demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

Al momento de cumplirse esta sentencia, los conceptos deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A. sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN S.A. los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el régimen de prima media las semanas cotizadas por la actora durante su afiliación en el RAIS.

III. EXCEPCIONES

En grado jurisdiccional de consulta se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales 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 y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones, además esta Sala, acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia, 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

Conforme al numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., al revocarse la sentencia, las costas de la primera instancia serán asumidas por Porvenir S.A., por haber incumplido el deber de información que condujo a la afiliación de la demandante al RAIS. En esta sede no se causaron por haber prosperado el recurso de apelación.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín el 26 de julio 2021, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor **NANCY MARÍA HENAO CARVAJAL** contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que **NANCY MARÍA HENAO CARVAJAL** hizo a través de Cesantías y Pensiones Colmena -hoy Protección S.A- el 10 de julio de 1995, al suscribir el formulario de afiliación No. 1010152053.

TERCERO: Declarar que **NANCY MARÍA HENAO CARVAJAL** se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, actualmente administrado por Colpensiones, desde el 26 de mayo de 1983 sin solución de continuidad.

CUARTO: Ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino 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 generados durante todos los años en que la demandante ha figurado como afiliada a dicho régimen.

Además, trasladará a Colpensiones los valores descontados a la actora por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, trasladará debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados en el mismo lapso que permaneció como afiliada ante esta.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A.

Se ordena a COLPENSIONES recibir PROTECCIÓN S.A., los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, e incorporar los respectivos aportes pensionales completos en la historia laboral del demandante como si hubiera permanecido en el RPM., así como el tiempo de afiliación ante Colmena S.A.

QUINTO: Costas en primera instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. En esta sede no se causaron por haber prosperado la alzada.

Se ordena notificar por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN