

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Popayán, veintinueve (29) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, le corresponde a la Sala entrar a resolver el grado **JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, concedido a favor de la parte demandada (Colpensiones), frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 14 de marzo de 2014, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **JOSÉ MANUEL FUENTES TROYA**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-002-2022-00305-01**.

Previa deliberación y aprobación del asunto con los restantes Magistrados, **LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, se dicta por parte de la Sala, la providencia cuyo texto se inserta a continuación:

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda. Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en el escrito de demanda cuyo texto escrito obra en el archivo *"004Minuta Demanda José Manuel Fuentes Troya.pdf"* del cuaderno de primera instancia – expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la ineficacia y/o inexistencia de la vinculación y/o traslado del demandante del RPM al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., por estar viciado de error y en el consentimiento; **ii)** se declare que

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

la simple firma en el formulario de afiliación realizado por el demandante a la AFP Protección S.A., es insuficiente para demostrar el deber de información que tiene dicho fondo de pensiones al momento del traslado; **iii)** se declare que la AFP Protección S.A. debe asumir con su propio patrimonio, las pérdidas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración en que hubiese incurrido; **iv)** se declare que, una vez ejecutoriada la sentencia, la AFP demandada debe trasladar a Colpensiones, todos los valores de los aportes y/o valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubiesen causado; **v)** se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado y/o afiliación del actor, a recibir los aportes efectuados, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos que se hubiesen causado en el fondo privado; y, **vi)** se condene a la AFP Protección S.A. al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. Contestación a la demanda

1.2.1. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, obrante en el archivo “16Contestación ProtecciónS.A.pdf” del cuaderno principal - expediente digital, aceptó algunos hechos y negó otros, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y propuso las excepciones de fondo de: *“inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A., que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación”, “falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “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”, “buena fe” y “prescripción”.*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

1.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en la carpeta “017Contestación Colpensiones” del cuaderno de primera instancia - expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos; oponiéndose a algunas de las pretensiones y manifestando atenerse a lo probado respecto de otras. Formuló las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “buena fe”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones”, “prescripción”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado”, “improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión” y la “innominada o genérica”.*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública concentrada llevada a cabo el 14 de marzo de 2024, procedió a dictar sentencia en la cual respecto del demandante José Manuel Fuentes Troya decidió: **(ii)** declarar la ineficacia del traslado que al RAIS, a partir del 1° de octubre de 1994, se atribuye al demandante, a través de la AFP Protección S.A.; **(iii)** declarar que el demandante conservó el derecho a permanecer en el RPM hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia condenó a Protección S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante:	José Manuel Fuentes Troya
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Consulta

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Conceptos que al momento de cumplirse la orden deben ser discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC y aportes; los cuales deberán ser recibidos por Colpensiones en razón a la ineficacia que se declara en el proceso; **(iv)** negó la excepción de prescripción, y; **(vi)** condenó a la AFP Protección S.A. a pagar las costas del proceso, estimando las agencias en derecho en suma equivalente a 2 smlmv al momento del pago.

Como fundamento de la decisión el *A quo* expuso que, en este evento, ante la ausencia de pruebas que acrediten el cumplimiento por parte de la AFP Porvenir S.A., de su obligación de suministrar información clara y suficiente en el traslado al RAIS, hay lugar a declarar su ineficacia, en atención de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en lo precisado por la CSL a través de providencias SL 1452-2019, SL 56174, SL 1421-2019, SL4875-2020 y SL2229 de 2022. De la misma manera indicó que en el presente asunto no tuvo operancia el fenómeno jurídico de la prescripción.

3. DEL GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA

Una vez notificada la sentencia de primer grado, ninguna de las partes procedió a interponer recurso de apelación. En consecuencia, al contener la decisión obligaciones a cargo de Colpensiones, por parte de la *a quo* se procedió a conceder el grado jurisdiccional de consulta.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el auto que admitió el grado jurisdiccional de consulta, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

Dentro de las oportunidades concedidas, se recibieron debidamente los alegatos presentados por la parte demandada, Colpensiones, así:

4.1. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos, manifestó que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria; hizo referencia a la imposibilidad de aplicar en este caso la inversión de la carga de la prueba, máxime, cuando los fondos sólo estaban obligados a registrar el consentimiento de los afiliados en los formularios de vinculación, sin que se hubiese acreditado que por parte del fondo no se cumplió con el deber de brindar una debida y suficiente información.

Indicó que, a pesar de que los fondos privados trasladen a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados en el régimen de prima media y que mediante providencia SL373-2021, la CSJ SL precisó que quienes hayan consolidado el derecho pensional y tengan la calidad de pensionados no podrán volver al RPM, a pesar de acreditarse que existieron fallas en la información, al tratarse de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y un status jurídico que no es dable revertir o retrotraer. Por lo tanto, solicitó se declaren probadas las excepciones de fondo formuladas con la contestación de la demanda, se revoque la sentencia de primer grado, se declare la terminación del proceso y se condene en costas a la contraparte.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 69 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 14 de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

Ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandada Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación (artículo 69 del CPT y de la SS), a efectos de que el Superior Funcional del funcionario que dictó la providencia la revise con las mismas posibilidades de decisión que se tiene cuando se surte una apelación y para ello esta instancia deberá referirse a los puntos básicos objeto de revisión.

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito, siendo este el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver el grado jurisdiccional de consulta ya mencionado.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

5.2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante al RAIS?

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta frente a la declaratoria de ineficacia, ¿fue acertado ordenar a la AFP Protección S.A. que traslade a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, éstos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala se orienta a **confirmar** la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al acto de traslado, le suministró al demandante información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección le podía generar frente a su derecho pensional; siendo igualmente acertada la orden impartida a Protección S.A., en cuanto a trasladar a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y para el pago de las primas de los seguros previsionales, éstos últimos debidamente indexados. Declaratoria de ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

En la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que este trajo consigo, bien sea el RPM y/o el RAIS, por selección inicial o traslado, deberá obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante:	José Manuel Fuentes Troya
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Consulta

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al cual se llega incluso por remisión contenida en la parte final del literal b) del artículo 13 de la misma norma, ha previsto que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para dar paso a que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, sea inicial o por traslado, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

Es importante recordar que la figura jurídica de la ineficacia en términos generales, tal y como lo dijo la CSJ SL en providencia SL 4360 de 2019, *“hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos”*, encontrándose en sus distintas modalidades: la ineficacia por inexistencia, la ineficacia por nulidad y la ineficacia por inoponibilidad, entre otras.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

Para lo que aquí interesa, la ineficacia por inexistencia se presenta cuando faltan los presupuestos previstos en la ley para ello, los cuales deben concurrir al momento de la celebración del acto y sin los cuales, el legislador ha previsto que habrá inexistencia del negocio. Esos requisitos, pueden ser puramente formales, relativos al contenido o a los sujetos.

Por lo tanto, si el querer de la ley es que la validez de la afiliación se supedite al correcto diligenciamiento del formulario de inscripción, que incluye la firma del afiliado, así como también que la selección del régimen se haya efectuado de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información completa y necesaria sobre los beneficios y desventajas del mismo (dadas las condiciones particulares del interesado), y sin establecer distinciones tratándose de una afiliación inicial o un traslado de régimen pensional, no queda duda de que la consecuencia ante el incumplimiento de estos requisitos, sea otra que la declaratoria de ineficacia del acto por inexistencia.

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones, de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollando a través de diferentes dispositivos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993¹, la Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un

¹ El citado artículo indica que las administradoras del RAIS tendrán la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas, y éstos, el deber de manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

parágrafo el artículo 9° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2071 de 2015.

Así las cosas, es claro que el deber de brindar la debida información a los posibles afiliados, no constituye una obligación para las AFP que resulte ser reciente o novedosa, o que pueda entenderse como superada con la sola suscripción del formato de afiliación y/o traslado, aunque éste contenga una cláusula en la que se afirme que la decisión de afiliarse fue libre y voluntaria, pues siempre será necesario y se requerirá que, de manera previa al acto de vinculación inicial o por traslado, que se materializa con la firma del formulario, se acredite que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario, no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado, y por ello libre y voluntario.

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447-2017, SL 16889-2019, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

A partir de estas providencias, quedaron establecidos como deberes a cargo de las AFP desde la entrada en vigencia del RAIS y son lineamientos jurisprudenciales que orientan este tipo de decisiones sobre afiliaciones o traslado de régimen los siguientes:

que entienden las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan al fondo.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

“1. Las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, tienen una responsabilidad profesional con sus afiliados, y entre sus múltiples deberes está el de información.

2. El deber de información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

3. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

4. La información, en asuntos como la elección del régimen pensional debe centrarse en proporcionar ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Es decir, debe estar dotada de transparencia máxima.

*5. Aunque la solicitud de vinculación inicial se encuentre firmada por el afiliado, y allí se indique que la **selección** se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si la **decisión** del afiliado se adoptó sin el pleno conocimiento de lo que ello entraña, no podría predicarse que la selección tiene tales características.*

6. La libertad y voluntariedad en el traslado implica que la decisión fue adoptada teniendo en cuenta los alcances positivos y negativos en su adopción.

7. Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

8. Como reglas básicas para estimar si el traslado cumplió los requisitos de transparencia están: el conocimiento de los beneficios que dispense cada régimen, la proyección del monto de la pensión que se percibiría en cada caso de uno de ellos, la diferencia en el pago de aportes que se realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión”.²

Para esta Sala, las reglas previstas por la SL de la CSJ para los casos de traslado de régimen pensional, resultan también aplicables para los casos de afiliación o selección del régimen pensional por primera vez, como quiera que del contenido de los artículos 13 literal b) y 271 de la

² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, sentencia de 09 de junio de 2016, proceso radicado 76001-3105-012-2014-00744-01. M. P. Leomara del Carmen Gallo Mendoza.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

Ley 100 de 1993, se advierte que los mismos tratan del ejercicio de la elección tanto al momento de la vinculación como del traslado, de donde es dable concluir que las situaciones relativas al cumplimiento del deber de información no solo es predicable de las situaciones de traslado, sino también de selección inicial de régimen pensional.

De la misma manera, es importante señalar que sobre la inaplicabilidad de la prescripción respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya tuvo la oportunidad de pronunciarse indicando que dicha figura no resulta aplicable, a las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o para que se reconozca un estado jurídico, es decir, dada la naturaleza declarativa de las pretensiones y el nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como es el de obtener la pensión de vejez y/o jubilación. Al respecto, pueden revisarse las providencias CSJ AL 1663-2018, CSJ AL 3807-2018 y SL- 1421 -2019 (radicado 56174).

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (archivos 05 y 016 y carpeta 017 del cuaderno principal del expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral Protección S.A., historia laboral Colpensiones, solicitud de vinculación a la AFP Protección S.A. y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que el demandante estuvo vinculado y efectuando cotizaciones al hoy extinto ISS, en el periodo comprendido entre el 9 de julio de 1984 y el 1° de noviembre de 1991. Así mismo, que el 2 de septiembre de 1994, suscribió formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección; vinculación que se hizo efectiva a partir del 1° de octubre de 1994.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

Ahora bien, en la demanda se afirma que el demandante fue trasladado de régimen pensional sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre el traslado y sus consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por la AFP demandada.

En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría no se suple con el simple aporte del formulario de traslado de régimen pensional, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con la firma allí impuesta se refleja la voluntad del afiliado de realizar el mencionado acto, tal firma no resulta suficiente para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Es decir, por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que se brindó información y asesoría debida al demandante, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de la administradoras de fondos de pensiones, constituye un deber y no una simple liberalidad, el suministro de información o asesoramiento integral sobre el producto que se ofrece, para de esa manera poder entender que cuando se acepta el servicio ofrecido, el usuario lo hace con el pleno conocimiento tanto de los beneficios como de las consecuencias, y por ende, obedece a una decisión adoptada de manera consiente y voluntaria, pues no sería lógico que ante un derecho de tanta importancia como lo es la pensión, el afiliado escoja o acepte unas condiciones que le hagan más dificultosa la consolidación del derecho, o en su defecto, generen la reducción o mengua del mismo.

Como lo ha venido enseñando la jurisprudencia especializada, el suministro de información no solo hace referencia a la ilustración sobre las características, condiciones y forma de vinculación al régimen, sino también a conocer de los efectos y riesgos de esa vinculación y/o

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero –Decreto 663 de 1993- , cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el suministrar a los usuarios de los servicios que presten, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, **escoger las mejores opciones del mercado**, de ahí que no sea dable afirmar, en casos como el presente, que por parte de los jueces se está sancionando el incumplimiento del deber de asesoramiento, con normas que no existían para la fecha en que se llevaron a cabo las vinculaciones iniciales o los traslados de régimen pensional, incurriendo en una indebida aplicación retroactiva de la ley, pues por el contrario, lo que se evidencia a partir de la norma traída a colación, es que desde aquella época, el deber de información implicaba el de brindar asesoramiento al afiliado, para de esa forma poder concluir que el ejercicio del derecho de elección, para vinculación inicial o traslado, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación del actor en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que puede advertir que las promesas que la llevaron a aceptar la afiliación y/o el traslado al RAIS fueron ilusorias.

Es por lo tanto, la inexactitud de la información suministrada y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se pudo materializar en el caso específico del demandante, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia de la selección del RAIS como régimen pensional, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó al afiliado información

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

suficiente, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría para efectos de la vinculación del actor, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de la AFP demandada, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a la administradora de fondos de pensiones, que para desvirtuarla, debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esa entidad si se brindó la asesoría debida y como no lo hizo, produjo que la decisión resultara adversa a sus intereses. En este punto, memórese que en virtud de lo contemplado en el literal b), artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, constituye una práctica abusiva, invertir la carga de la prueba en contra de los consumidores financieros, de ahí que, con mayor razón, en casos como el presente, las principales obligadas a acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, sean las AFP y no sus afiliados.

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, así como por el incumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para el año 1994, fecha en que se dio el traslado al RAIS, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado al RAIS, que en su momento efectuó el demandante, imponiéndole a la AFP Protección S.A., como actual AFP en la que se encuentra afiliada, afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros, así como la devolución indexada de las sumas que descontó por concepto de gastos de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. y 2.2.7.4.3⁴ del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las AFP, estaban en el deber de suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplia y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

Declaratoria de ineficacia que en todo caso se debe resaltar, se considera que no es lesiva del principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, en tanto las sumas que deben ser reintegradas al RPM, serán utilizadas para el reconocimiento del derecho pensional que llegue a causar en su momento el actor.

Así mismo, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado, ha de decirse, en aplicación de la línea jurisprudencial que actualmente impera, que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables *–bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el

³ **ARTÍCULO 2.2.7.4.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelanta sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.

⁴ **ARTÍCULO 2.2.7.4.3. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, se torna en un derecho de carácter imprescriptible.

Ahora, sobre las sumas que deben ser objeto de devolución tratándose de asuntos relacionados con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado o vinculación inicial de régimen pensional, pueden ser objeto de revisión entre otras, las providencias CSJ SL2877-2020; CSJ SL655-2022 y CSJ SL755-2022; providencias en las que se señalan como tales, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, los porcentajes descontados de las cotizaciones efectuadas mes a mes para el pago de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a los recursos de la AFP Protección S.A.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁵, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

Igualmente, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

en los dos regímenes pensionales, pues así se deriva del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 2007⁶.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de las AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁷.

Así mismo, además es menester devolver los rendimientos financieros, en tanto ellos son el producto de la inversión del capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, de ahí que le pertenezcan únicamente a éste, pues en caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstos realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, ni mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

⁶ Desde el año 2008, el valor de la cotización en los dos regímenes pensionales corresponde al 16% del ingreso base de cotización.

⁷ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

La Sala también estima que fue acertado disponer que la AFP Protección S.A., con cargo a sus propios recursos, devuelva indexado a Colpensiones los valores que de los aportes del demandante, descontó por concepto de gastos o comisiones de administración, primas de los seguros previsionales y el fondo de garantía de la pensión mínima, durante el tiempo que él ha estado vinculada a esa AFP, pues de esa forma se asegura que la totalidad de los aportes del actor regresen de manera íntegra al RPM.

Así las cosas, son las anteriores razones las que dan respuestas a los problemas jurídicos planteados y conducen a confirmar la decisión en cuanto a los aspectos antes señalados.

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 14 de marzo de 2024, en relación con el proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **JOSÉ MANUEL FUENTES TROYA**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin lugar a costas en segunda instancia, por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00305-01
Demandante: José Manuel Fuentes Troya
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Consulta

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y de la SS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

*Firma válida
providencia judicial*



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE**

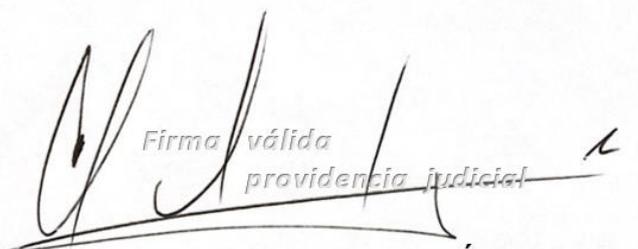
*Firma válida
providencia judicial*



**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL**

Con salvamento parcial de voto

*Firma válida
providencia judicial*



**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**

Con aclaración de voto

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL JOSE MANUEL FUENTES TROYA, CONTRA PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2022-00305.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL



**REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL**

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-002-2022-00305-01
Asunto:	Aclaración de voto

La suscrita magistrada, manifiesta en forma respetuosa que ACLARA VOTO en el asunto de la referencia, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia, debo resaltar que, si bien, por intermedio de comunicado No. 13 de 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional anunció el cambio de precedente respecto de los procesos ordinarios donde se discute la ineficacia de traslado de los afiliados del RPM al RAIS, por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009.

Frente a tal comunicación, resulta relevante recordar lo dispuesto en auto de 201 de 6 de septiembre de 2013¹ en el que al pronunciarse sobre el alcance de los comunicados de prensa de la Corte Constitucional se señaló:

“Al respecto, esta Sala Especial recuerda que **el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole**^[1]. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

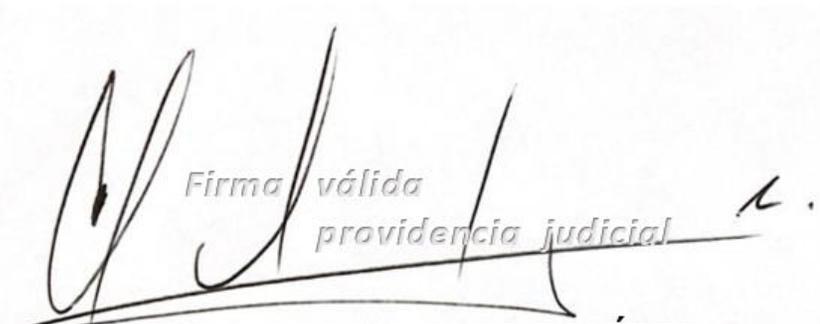
“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional^[2], en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”^[3] y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”^[4].

¹ Auto 201 de 6 de septiembre de 2013. Ref: cumplimiento de la orden duodécima del auto 119 del 24 de junio de 2013. M.P. Luis Ernesto Silva

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”^[5]. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”^[6].”

En consecuencia, no es factible desconocer la existencia del comunicado en mención, toda vez que el mismo se expandió masivamente, sin embargo, no resulta posible, tenerlo como vinculante, pues por su naturaleza, solo tiene el propósito de informar en forma general y abstracta, las decisiones adoptadas por las Salas de la Corte Constitucional, sin que se especifique detalladamente las situaciones particulares del caso, ni la *ratio decidendi* en que se funda.

En los términos referidos dejo fundamentada mi ACLARACIÓN DE VOTO.



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL
(ACLARACIÓN DE VOTO)