



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**  
**SALA QUINTA DE DECISION LABORAL**

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-003-2020-00252-01
Demandante:	Gloria Patricia Pérez Betancur
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Tema:	Ineficacia afiliación al RAIS

**Medellín, julio veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)**

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 a decidir los recursos de apelación interpuestos por los señores apoderados de la parte actora, Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta última, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el 27 de abril de 2022 , en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora GLORIA PATRICIA PEREZ BETANCUR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Radicado 05001-31-05-003-2020-00252-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora GLORIA PATRICIA PÉREZ BETANCUR, convocó a juicio a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que Protección S.A., la engañó con el fin de trasladarla y mantenerla afiliada en ese régimen pensional, en consecuencia, se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual y se ordene la inmersión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a Protección a trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones, con los rendimientos causados. Subsidiariamente, se condene a Protección S.A., a título de indemnización de perjuicios materiales, que, para los efectos de los requisitos para la pensión de vejez, se exijan y apliquen las condiciones de semanas y monto correspondientes al Régimen de Prima Media.

En respaldo de tales pedimentos se expuso, que la señora Gloria Patricia Pérez Betancur se afilió al ISS en febrero de 1997, luego el 29 de noviembre de 2000 un asesor de Protección S.A., le hizo firmar un formulario de afiliación a dicha AFP, sin explicarle los pro y los contra de la decisión, que no se le realizó una asesoría personalizada, no se le explicó cuál era su régimen pensional, requisitos para la pensión, ni se le habló del bono pensional, advirtiéndole que en asesoría pensional que le realizaron el 19 de octubre de 2010 a la actora, tampoco se le brindó información completa, ni se le informó sobre la prohibición de traslado antes de los 47 años de edad, limitándose simplemente el asesor a indicar que era más conveniente quedarse en el fondo privado.

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

**PROTECCIÓN S.A.**, al dar respuesta a la demanda indicó no constarle la afiliación de la actora al ISS y afirmó que no es cierto lo relativo al traslado de la misma al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que en el momento de la afiliación se le brindó a la demandante una información completa, clara y oportuna respecto a todas las características de ambos regímenes y los requisitos para acceder a la pensión en uno y otro, conforme a las leyes que regulaban los temas para la época y se realizaron las respectivas proyecciones pensionales en forma verbal y adicionalmente, se le realizó una reasesoria previo el cumplimiento de los 47 años de edad, en la cual se le explicó la forma de liquidar la pensión en los dos sistemas y se le informó que tenía hasta el 26 de octubre de 2010 para tomar la decisión de regresar a Colpensiones.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; la innominada o genérica.

A su vez, **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, aceptando como cierto la afiliación de la actora al ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de falta de causa para demandar; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Protección S.A., ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; inobservancia

del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; buena fe; prescripción de la acción laboral; imposibilidad de condena en costas; no procedencia de condena por ultra y extra petita y la innominada o genérica.

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia mediante providencia proferida el 27 de abril de 2022, por medio de la cual declaró que Protección S.A., faltó a su obligación de diligencia debida y de buen consejo, ocasionando un grave perjuicio y un menoscabo al derecho a la seguridad social de la actora; declaró la responsabilidad profesional y constitucional de Protección S.A., en el perjuicio causado a la demandante; declaró la ineficacia por inaplicación constitucional, de pérdida del Régimen de Prima Media de la accionante y declaró que la misma sigue inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a cargo de la AFP Protección S.A.; absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que le imparte; ordenó a Protección S.A., reconocer, liquidar y pagar pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, ello dentro del mes siguiente a la fecha en que la actora lo solicite por escrito, solicitud esta que debe incluir el certificado de retiro laboral; ordenó a Protección S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, bajo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante, solicite por escrito a Colpensiones, elaboración de cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional, ordenando a Colpensiones, que dentro de los dos meses siguientes a la solicitud por escrito de Protección S.A., elabore el cálculo y dentro de ese mismo lapso, lo presente por escrito a la AFP y ésta, dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba el valor del cálculo actuarial, proceda al pago real y efectivo a Colpensiones; hasta tanto Protección S.A. no pague el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, está obligada a seguir reconociendo y pagando la pensión de vejez bajo el

Régimen de Prima Media a la demandante y Colpensiones subrogará en dicha obligación a Protección S.A., desde el momento en el que reciba el pago del cálculo actuarial pensional; autorizó a Protección S.A. a enjugar parte del valor del cálculo actuarial, tomando para sí el valor de los ahorros pensionales, los rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma que estuviere en su cuenta; declaró no prosperas las excepciones formuladas por Protección S.A. y prospera la excepción de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Protección S.A., ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; propuesta por Colpensiones y condenó en costas a Protección S.A.

#### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

##### **Protección S.A.**

La apoderada de la entidad solicita se revoque la totalidad del fallo, por considerar que en la motivación de la sentencia el juez es recurrente en señalar que Protección S.A. no demostró que haya realizado un análisis particular del caso de la demandante para la fecha de la vinculación, pero a lo largo del fallo no se hizo valoración probatoria de la prueba documental que se aportó con la contestación de la demanda, cuando con el formulario de afiliación se aportó una carta de constancia de validación de asesoría, el juez no valoró ese documento, sin que se pueda desconocer la prueba que da cuenta de la información que se brindó al momento de la afiliación, por lo que si reposa prueba, solicitando se realice la valoración de esta documentación y que no pase de largo como en la primera instancia.

Adicionalmente, sostuvo que la sentencia no está ajustada a derecho y mucho menos al precedente jurisprudencial, invocando para ello el principio de congruencia, el cual obliga al juez a que su decisión sea concordante con los hechos y las peticiones que se hacen en el escrito de demanda, pues se viola lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, ello sin

desconocer las facultades ultra y extra patita aplicable en materia laboral, debiéndose tener presente igualmente el principio de seguridad jurídica, citando para ello la sentencia T-386 de 2001.

Manifestó frente a los perjuicios considerados por el Juez, que es claro que para que una pretensión indemnizatoria prospere se hace necesario que concurra una conducta o hecho culposo imputable al demandado, la demostración del perjuicio y un nexo de causalidad, los cuales no se configuran en el presente proceso, pues la entidad cumplió con las obligaciones a su cargo, adicionalmente el perjuicio que se invoca, el cual no fue alegado por la demandante sino que el juez lo falla de oficio, no es atribuible a una conducta desplegada por la entidad, sino a la decisión de la propia demandante de permanecer afiliada al RAIS pese haber sido desmotivada con la información y las proyecciones realizadas, sin que exista prueba de que la decisión de la actora estuvo viciada, por lo que no se debe asumir consecuencia patrimonial alguna por los actos de la demandante y tampoco se generan los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, por lo que no puede el juez sin demostración alguna fallar de manera oficiosa los perjuicios, además el artículo 206 del Código General del Proceso hace improcedente la condena de primera instancia, la cual es violatoria del debido proceso.

Finalmente, en relación a las consecuencias de las declaratorias principales, resaltó que las disposiciones del Juez pretendiendo se reconozca una pensión como si fuera del Régimen de prima Media, desconoce que los regímenes pensionales son excluyentes y tiene su propia regulación, por lo que la condena resulta contraria al ordenamiento jurídico y a la constitución, siendo improcedente y además irracional, inconstitucional e ilegal.

### **Colpensiones**

Manifiesta su inconformidad respecto a la orden de que Colpensiones elabore un cálculo actuarial a efectos de una subrogación, solicitando se modifique la decisión y se absuelva de forma integral a Colpensiones, toda vez que la orden impartida ha sido discutida por diferentes Magistrados de la Sala Laboral y ello no es un efecto de la ineficacia del traslado, adicionalmente, si se revisan las pretensiones y los hechos de la demanda, los efectos ordenados en la sentencia, como el reconocimiento de la pensión, no fueron solicitados en la demanda, afectándose el principio de congruencia, resaltando que ni siquiera se agotó reclamación a ninguna de las administradoras a fin de solicitarse la pensión de vejez.

Respecto de la declaratoria de ineficacia por inaplicación constitucional adujo que se está subestimando la información que brindó Protección S.A, y el alcance de la asesoría que brindó dicha entidad al momento del traslado, siendo evidente que el deber de información recae sobre el fondo privado y obra en el proceso prueba que demuestra que en su momento si se brindó la información debida a la demandante, además no solo hay una obligación del fondo privado, sino que hay unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados, como lo es el deber de asesorarse, por lo que el silencio de la demandante durante todo el tiempo que ha permanecido afiliada debe entenderse como una afiliación tácita, sin que se haya demostrado una afectación al mínimo vital o la congrua subsidencia de la demandante, afectándose si el principio de estabilidad financiera del sistema.

### **Demandante**

Indicó el apoderado que se aparta de la decisión por considerar que no puede ser Protección S.A., la entidad encargada de reconocer la pensión de vejez a la demandante, en tanto que ambos regímenes son excluyentes entre sí y no se pueden combinar las modalidades entre uno y otro régimen, por lo que se debe conceder la ineficacia, pero aplicando las consecuencias debidas a uno

solo de los regímenes pensionales, bien sea Colpensiones o Protección S.A., solicitando se revoque la sentencia y se conceda la ineficacia con las condiciones y efectos ya conocidos en la jurisprudencia pacífica y no se tenga en cuenta el documento al cual hace referencia la apoderada de Protección S.A. en la sustentación del recurso.

### **1.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la parte demandante y de Colpensiones. El apoderado de la parte actora reitera lo manifestado en la sustentación del recurso de alzada, solicitando se confirme la decisión de primera instancia en relación a la declaratoria de ineficacia, en tanto que es claro las obligaciones y los deberes que tenía Protección S.A., los cuales no se acreditó se hubieran cumplido y se modifique la decisión en relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia, ordenándose a Protección S.A., devolver los dineros de la demandante con dirección a Colpensiones, pagando de su patrimonio los dineros que por concepto de los descuentos del artículo 20 de la Ley 100 de 1933, con su modificación, fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas por la actora, debidamente indexados.

En igual sentido, la apoderada de Colpensiones reiteró lo indicado al momento de interponer el recurso de apelación a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva íntegramente a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda, tras considerar que no resulta ser justo que la entidad deba asumir perjuicios económicos dentro de un pleito cuyos hechos derivan de la obligación y el deber de un tercero.

## **2. CONSIDERACIONES**



## **2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA**

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

## **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que la señora Gloria Patricia Pérez Betancur nació el 26 de octubre de 1963, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 13 del documento *02EscritoDemanda*.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A., el 29 de noviembre del año 2000, con fecha de efectividad el 1º de enero de 2001, de conformidad con el formulario de afiliación, obrante en el documento *02EscritoDemanda*.

- Que la accionante acredita un total de 1239.57 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral de Protección S.A., generada el 29 de abril de 2021, la cual milita entre folios 74 a 86 del documento *09ContestaciónProtección*.

### **2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta proferida en el presente proceso por el señor Juez Tercero Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Protección S.A., efectuado por la demandante el 29 de noviembre del año 2000?

¿Si la declaratoria de ineficacia tiene como efecto declarar la responsabilidad patrimonial de la AFP accionada, y si como consecuencia de ello, debe ordenarse a Protección S.A., reconocer la pensión de vejez a la accionante bajo las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y posteriormente, subrogarse en Colpensiones a través del pago de un cálculo actuarial?

### **2.4.- TESIS**

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de traslado de la demandante por falta de información ii) la ineficacia supone que la afiliación no produce efectos jurídicos, manteniéndose vigente la afiliación en el Régimen de Prima Media, iii) debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, iv) siendo improcedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial y las condenas impuestas por el a quo, en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA en los numerales segundo, tercero, cuarto,

quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, CONFIRMANDOLA en lo demás, esto es, en los numerales primero y décimo primero.

## **2.5.- PREMISAS NORMATIVAS**

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12).

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad

opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara 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”*.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud 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.”* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de

Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 . y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, entre muchas otras.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos subreglas principales establecidos por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

## **2.6.- CASO CONCRETO**

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional de la señora Gloria Patricia Pérez Betancur, a través de la AFP Protección S.A., el 29 de noviembre del año 2000, con fecha de efectividad el 1ª de enero de 2001, de conformidad con el formulario de afiliación obrante a folio 26 del documento *02EscritoDemanda*, no obstante, se recuerda que los formularios de vinculación por sí solos no dan cuenta de la información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se suple con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia *SL3871* de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva confesión, pues la misma afirmó que se afilió a Protección S.A. en el 2000, cuando a EMI llegó una asesora y le dijo que, Protección S.A., era igual que Colpensiones, que se podía pensionar a la edad que quisiera, que la pensión

sería más alta, afirmando que como vio que no había muchas diferencias se pasó, expresó que no recuerda haber firmado documento anexo al formulario de afiliación y que la diferencia en los valores que le indicaron de uno a otro no era mayor cosa, era una diferencia mínima y no como ahora, señalando que no conocía las diferencias entre los regímenes pensionales para la fecha en que le realizaron la reasesoría y que no le explicaron que pasaría con las semanas que tenía cotizadas en el ISS.

Ahora, reprocha la apoderada de Protección S.A., que el juez no valoró la prueba documental aportada por la entidad, específicamente la constancia de validación de asesoría, a partir de la cual considera se acredita el cumplimiento al deber de información y que a la pretensora si se le brindó una adecuada asesoría, apreciación respecto de la cual discrepa esta Sala de Decisión Laboral, lo anterior, por cuanto revisado el documento al cual refiere la recurrente, el cual se encuentra glosado a folio 38 del anexo *09ContestaciónProtección*, se advierte que el mismo no da cuenta de cuál fue la información que se le suministró a la gestora del proceso, pues contiene una primer pregunta correspondiente a “*¿Fue usted informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de Protección S.A.?*” y pese a que la respuesta es afirmativa, no se detalla cual es la información por la cual se está consultando o cual fue la información recibida, pues bien pudo la actora señalar que si, por la poca información que recibió, esto es, que se podía pensionar a la edad que quisiera y que la pensión sería más alta, en igual sentido se preguntó en el documento “*¿Tiene usted claridad sobre cuál es su situación actual?*”, a lo cual igualmente se respondió de forma positiva, sin embargo, a juicio de la Sala no resulta clara la pregunta en relación a cuál es la situación por la que se consulta.

Sumado a lo anterior, se informa en dicho formulario que el valor estimado de la mesada pensional en el régimen anterior es de \$510.000 y en Protección \$423.669, sin que este acompañado el documento de la simulación que se realizó al momento de la asesoría, además de que no da cuenta de que se le hubiera explicado a la accionante los requisitos para adquirir el derecho a la

pensión, forma de liquidación o las variables que inciden en la misma, por lo que dicho documento, corre con la misma suerte que el formulario de afiliación, en cuanto no ofrecen certeza sobre la información recibida.

De lo anterior, es claro que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, pues así lo manifestó en su interrogatorio, ello lo hizo sin haber recibido la información adecuada, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues sostuvo bajo la gravedad del juramento que para la fecha en que recibió la reasesoría pensional no conocía las diferencias entre los regímenes pensionales.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Protección S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, recordando igualmente que las reasesorías no tiene la suficiente entidad, para sanear la falta al deber de información, en que se incurra en la afiliación inicial, pues es claro, que la información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia deber ser evaluada respecto de la asesoría inicial, tal y como lo dejó sentado el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Protección S.A. a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, procede la ineficacia de la afiliación. No obstante, se resalta que la ineficacia no se da por inaplicación constitucional de la regla que imposibilita el traslado de régimen o de las reglas propias del RAIS, por ser este un régimen legal, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la Corte Constitucional entre otras, en



sentencias C086 de 2000, C789 de 2002 y C1024 de 2004, tal y como lo enunció la apoderada de Protección S.A., sino por la ausencia de asesoría técnica en el momento del traslado, recordando que en este tipo de litigios opera una inversión de la carga de la prueba, que le traslada la responsabilidad a la administradora de pensiones de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria, para adoptar una decisión consciente y acreditar que actuó con la debida diligencia conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil.

### **Sobre los efectos de la ineficacia**

Ahora bien, atendiendo a la ineficacia que se declara, debe indicarse que la consecuencia de la misma, lo es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, ello implica que la demandante conserva válida su afiliación al Régimen de Prima Media, por lo tanto, lo que procede es la devolución de la totalidad de los dineros que hubiere recibido Protección S.A., en vigencia de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y primas de seguro previsional.

La orden impartida por el a quo a Protección S.A., de reconocer la pensión bajo las reglas del Régimen de Prima Media y emitir un cálculo actuarial con miras a la subrogación de la pensión que debe reconocer Colpensiones, no es un efecto propio de la ineficacia y desconoce las reglas propias de cada régimen, los cuales como ya se indicó y como fue resaltado por los apoderados de Protección S.A. y de la actora, son excluyentes.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en este proceso no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la AFP y en todo caso, la ineficacia declarada, impide que se materialice el perjuicio que busca corregir el

fallador de instancia, razones por las cuales las órdenes impartidas, alteran sustancialmente el principio de congruencia y de contera, el derecho de defensa y contradicción de las accionadas.

Debe precisarse que la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, y, teniendo en cuenta, que fue Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la promotora del proceso, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU

130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la pretensora, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

*“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.*

***Sobre la indexación de los conceptos a trasladar por Protección S.A.***

Sobre este punto, bajo la égida del grado jurisdiccional de consulta en el que se conoce en favor de Colpensiones y en atención a que recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adocinado que la indexación de los conceptos objeto de devolución como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, se ordenará la indexación de las referidas sumas.

Colofón de lo anterior, debe REVOCARSE los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de la sentencia, y en su lugar, se ordenará a Protección S.A., trasladar a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la actora, debidamente indexados.

Toda vez que prospera el recurso de apelación presentado por la parte demandante y parcialmente el interpuesto por Protección S.A., no así el formulado por Colpensiones, se impondrá condena en costas a esta última, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, en favor de la actora.

### **3.- DECISION**

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

**FALLA:**

1.- Se **REVOCA** los numerales **segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo** de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora GLORIA PATRICIA PÉREZ BETANCUR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y en su lugar, se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, así como las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la actora, éstos últimos debidamente indexados al momento de efectuarse el traslado.

2.- Se **CONFIRMA** la sentencia referida en sus numerales primero y décimo primero.

3.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

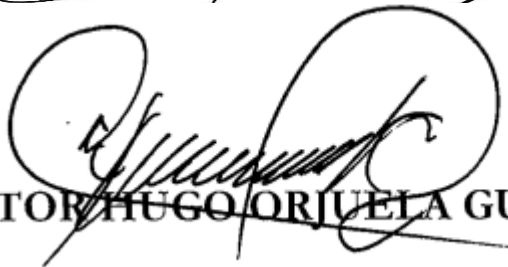
Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO