

**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:	05001310501320210022001
Proceso:	Ordinario
Demandante:	ALONSO DE JESUS VASCO OCHOA
Demandado:	PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	29 DE JULIO DE 2022
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA

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 01 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, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	ALONSO DE JESÚS VASCO OCHOA
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
ORIGEN	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-013-2021-00220-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y 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 artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALONSO DE JESÚS VASCO OCHOA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

El señor Alonso de Jesús Vasco Ochoa formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A, pretendiendo **i)** se declare la ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, **ii)** se ordene la afiliación o reactivación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, **iii)** se ordene a Protección S.A a trasladar a Colpensiones, y a esta última a recibir, el saldo de cuenta de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, intereses, frutos o cuotas de administración, comisiones y aportes al Fondo de Solidaridad Pensional. **iv)** Costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de agosto de 1960 y en la actualidad cuenta con un total de 2085.57 semanas cotizadas en toda su vida laboral. En el año 1995, cuando se encontraba laborando para la empresa Industrias Haceb, fue abordado por un funcionario de Protección S.A, el cual lo reunió junto con otros compañeros de trabajo en el auditorio de la empresa y les informó que se debían trasladar a este fondo privado toda vez que el ISS se iba a acabar, además de que en en esta AFP tendría la posibilidad de pensionarse anticipadamente, podría acceder a una mejor mesada pensional y sus aportes serían heredables a su grupo familiar. No obstante ello, el

¹ 02Demanda.pdf, págs 3 a 5.

funcionario de Protección S.A omitió explicarle en su totalidad las diferentes características y pormenores del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con lo cual considera se transgredió su consentimiento informado.

El 27 de junio de 2012, cuando se encontraba próximo a cumplir los 52 años de edad, Protección S.A le practicó una reasesoría pensional en la cual le reiteraron los argumentos de la asesoría que motivó su traslado a esta AFP, además de informarle que su mesada pensional sólo tendría una diferencia de \$27.000 pesos respecto a la que recibiría en el RPM. Posteriormente, solicitó una proyección de su mesada pensional a Protección S.A y en esta oportunidad le manifestaron que su mesada en el RPM sería de \$1.315.100 pesos mientras que en el RAIS sería de \$908.526 pesos.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Protección S.A.²

El acto de afiliación es existente, válido, está exento de vicios y se realizó atendiendo los lineamientos legales vigentes para la época del traslado, de suerte que el afiliado manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS al plasmar su firma en el formulario de afiliación, el cual fue suscrito dentro de un actuar de buena fe y legalidad por parte del fondo, y previa asesoría brindada de manera completa, clara y comprensible sobre las características del régimen, generando derechos y obligaciones para ambas partes; siendo ilógico que el demandante manifieste que fue inducido a error al realizar su vinculación a Protección S.A, pues éste conocía plenamente el objeto del negocio jurídico que estaba celebrando, era consciente de la calidad del objeto del contrato, esto es, de las consecuencias de su decisión, y tenía conocimiento de la persona con la que celebraba el contrato, valga decir, la AFP Protección S.A, no existiendo por tanto el error del que trata el artículo 1509 del Código Civil. Tampoco la variación del monto de la pensión constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, pues se le informó que el monto de la pensión era variable y que dependía de diversas circunstancias, las cuales no era posible prever para ese momento del traslado. Agrega que el afiliado tuvo varias oportunidades de retornar al RPM sin que hiciera uso de su facultad, encontrándose prescrita la acción de nulidad de la afiliación por haber transcurrido 4 años. Finalmente, afirma que sobre la afiliada también recaen obligaciones como consumidora financiera, debiendo responsabilizarse de consultar y verificar los productos que contrata.

Excepcionó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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.

² 12ContestacionProteccion.pdf, págs 3 a 28.

ii) Colpensiones³

La posibilidad de traslado entre regímenes pensionales presenta particularidades importantes en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición, pues dicho beneficio se extingue cuando se escoge al Régimen de Ahorro Individual inicialmente o por traslado, en este sentido estas personas deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la Ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores aunque les resultaren más favorables. Al respecto, la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias acerca de esta situación, entre ellas la C-596 de 1997 y la C-789 de 2002, en donde se evidencia que la alta corporación consideró acordes con la constitución las disposiciones que determinan la extinción del régimen de transición cuando se escoge al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o cuando se da su traslado hacia él.

Por otra parte, respecto a la ineficacia del traslado, puso de presente la sentencia SL-1452 de 2019, radicación 68852, para indicar que han existido tres etapas del deber de información, a saber: Deber de suministrar información necesaria y transparente, deber de asesoría y buen consejo, y deber de doble asesoría.

Además, trajo a colación el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y si bien el juez tiene la potestad de invertir la carga de la prueba de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto, la carga dinámica de inversión de la prueba exige igualdad entre las partes de acuerdo a parámetros buena fe y lealtad procesal. Lo anterior, teniendo de presente que la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse, y no al afiliado como una persona vulnerable per se.

Solicitó que en el evento de que se llegare a conceder la ineficacia del traslado, se ordene a Protección S.A trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, frutos, cuotas de administración, descuentos por aseguradoras y los descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y que ello se haga de manera indexada.

Excepcionó: Validez y eficacia de la afiliación al RAIS, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe de Colpensiones, compensación, excepción innominada o genérica.

Sentencia de primera instancia⁴

El 30 de marzo de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al RAIS administrado por Protección S.A. Condenó a esta última AFP a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo para el efecto las cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración

³ 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 2 a 24.

⁴ 31ActaAudiencia7780.pdf.

vigentes a partir del 1 de marzo del 1995, con los rendimientos financieros que se hubieren causado, incluídos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales; En concordancia, ordenó a Colpensiones recibir tales sumas de dinero y la condenó a activar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Finalmente, condenó en costas a Protección S.A y en favor del señor Vaso Ochoa, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 pesos.

La juez de primera instancia advirtió el precedente judicial vigente en la materia y señaló que a Protección S.A le correspondía demostrar el cumplimiento de su deber de información antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, declarando en consecuencia la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Recursos de apelación

Protección S.A: Interpuso recurso de apelación parcial contra la orden impartida de trasladar con destino a Colpensiones las sumas correspondientes a los gastos de administración y los seguros previsionales, señalando frente al primero de ellos que se trata de un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, cuyo descuento se efectúa como contraprestación a la buena administración de los recursos del afiliado, máxime si se considera que se está ordenando trasladar los rendimientos financieros generados, por lo que Protección S.A. tiene derecho a conservar la comisión a título de restituciones mutuas a su favor, pues ordenar la devolución de este concepto representaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y el hoy demandante por recibir unos dineros que nunca administró y que además de ello no tienen como finalidad financiar la pensión de vejez del actor. Aunado a lo anterior, Protección S.A tendría que entrar a responder por este concepto con su propio patrimonio, lo cual constituye una condena en perjuicios, la cual se tendría que revisar conforme a una responsabilidad civil, situación que no fue materia del litigio.

Respecto a los seguros previsionales, argumenta que ya fue girado a una aseguradora, quien es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver en el acto suscrito entre el actor y Protección S.A, y los cuales ya cumplieron con la finalidad de cubrir una contingencia de sobrevivencia o invalidez, por lo que la AFP se encuentra imposibilitada para cobrar estos valores y trasladárselos a Colpensiones.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Otorgado el término para alegar de conclusión en esta sede, sólo Colpensiones lo recorrió, mientras que el demandante y Protección S.A se abstuvieron de pronunciarse.

La apoderada de **Colpensiones**⁵ reiteró lo manifestado en la contestación a la demanda y en lo indicado en la audiencia de primera instancia, esto es, que Colpensiones no tuvo incidencia alguna en el acto jurídico de afiliación celebrado entre el afiliado y el fondo privado, por lo que los efectos jurídicos que surjan de este acto no pueden perseguir ni

⁵ 03AlegatosColpensiones.pdf, contenido en la carpeta 02SegundaInstancia.

afectar a Colpensiones. Ello, por cuanto la figura de inoponibilidad frente a terceros de buena fe constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica y al patrimonio de terceros.

Ahora bien, es menester recordar que los fines esenciales del Estado buscan salvaguardar las instituciones públicas a través de los principios y valores constitucionales, como lo es la sostenibilidad financiera del sistema establecida en los artículos 48 y 334 de la Carta Política, la cual se concibió como un derecho fundamental y así mismo como una manera de garantizar un servicio público que desarrolle los principios de eficacia, universalidad y solidaridad para todos los afiliados.

Solicitó que, en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad frente a terceros de buena fe, como lo es Colpensiones, se realice un test de proporcionalidad, de cara a ponderar la sostenibilidad financiera del sistema y los derechos del hoy demandante, pues resulta evidente que la administradora del Régimen de Prima Media sufriría un desmedro económico al aceptar el retorno del actor. Tal evaluación de proporcionalidad tendría como fin adoptar una decisión consistente en donde la AFP del RAIS accionada asuma la cargas económicas derivadas de la declaratoria de ineficacia o que en su defecto traslade los valores indicados en la sentencia de instancia conforme a un estudio actuarial emitido por Colpensiones, pero en el evento de no acoger lo anterior, deprecia se confirme la decisión de la A Quo en lo referente a las sumas que el fondo privado debe devolver a Colpensiones, es decir, los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, y que dichos rubros sean trasladados de manera indexada.

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 del 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.

Hechos relevantes probados documentalmente

Alonso de Jesús Vasco Ochoa nació 25 de agosto de 1960⁶. Inició cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales el 2 de noviembre de 1978⁷ y posteriormente suscribió formulario de afiliación con destino a Protección S.A el día 21 de febrero de 1995⁸. Al 28 de junio de 2021 contaba con 2098.43 semanas cotizadas en toda su vida laboral⁹. El día 13 de julio de 2012 recibió reasesoría pensional de parte de Protección S.A, en la cual se dejó consignado en el respectivo formulario "el afiliado aplaza su decisión porque la diferencia entre las mesadas no son significativas"¹⁰. El 21 de mayo de 2015 solicitó a Colpensiones aceptar su retorno al RPM conforme a las sentencias C-789 del 2002 y SU-062 de 2012¹¹; El 9 de junio de 2015 Colpensiones da respuesta a esta petición, indicándole que enviará a Asofondos su solicitud de traslado con el total de semanas cotizadas en el RPM a efectos de establecer si procede realizar el traslado conforme a la sentencia SU-062¹²; Seguidamente, el 2 de agosto de 2015 Colpensiones niega su solicitud por no contar con 15 años o más de servicios cotizadas al momento en el que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, 1 de abril de 1994, requeridos para efectuar su traslado en virtud de la sentencia SU-062 de 2010¹³. Adicionalmente, el 9 de junio de 2015 suscribió formulario de afiliación a Colpensiones¹⁴, sin que obre en el expediente la respectiva respuesta a esta solicitud.

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 del demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

- i) Los artículos 48, 53, 335¹⁵ y demás normas concordantes de la Constitución Política;
- ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁶, 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 1994¹⁷; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en

⁶ 02Demanda.pdf, pág 52 y 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 100, 160 y 173. No se aportó registro civil de nacimiento del demandante pero sí su copia de cédula de ciudadanía que informa de dicha fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

⁷ 12ContestacionProteccion.pdf, pág 75 y 13ContestacionColpensiones.pdf, pág 43.

⁸ 02Demanda.pdf, págs 22 y 49, 12ContestacionProteccion.pdf, págs 37 y 78, y 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 70, 97, 130 y 157.

⁹ 12ContestacionProteccion.pdf, pág 38.

¹⁰ 12ContestacionProteccion.pdf, pág 80.

¹¹ 02Demanda.pdf, pág 169.

¹² 02Demanda.pdf, págs 50/81, y 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 98/99 y 158/159.

¹³ 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 170/171.

¹⁴ 13ContestacionColpensiones.pdf, pág 172

¹⁵ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁶ 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."*

¹⁷ 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

su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁸ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁹.

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, sólo 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,

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

¹⁸ **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”.**

¹⁹ 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.

- (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 del afiliado 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 al afiliado, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, ni siquiera recibió información alguna.

Con independencia de que la afiliación se diera con antelación o en momento posterior a la regulación de deberes del consumidor financiero, 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 se 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 sub-lite, mediante la prueba documental allegada se evidencia que Alonso de Jesús Vasco Ochoa nació 25 de agosto de 1960²⁰, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador dependiente del sector privado, contaba con 33 años de edad y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones²¹, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El día 21 de febrero de 1995 suscribió formulario de afiliación con destino a Protección S.A²², el cual se acusa de ineficaz. El 21 de mayo de 2015 solicitó a Colpensiones aceptar su retorno al RPM conforme a las sentencias C-789 del 2002 y SU-062 de 2012²³, sin embargo, el 2 de agosto de 2015 Colpensiones niega su solicitud por no contar con 15 años o más de servicios cotizadas al momento en el que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, 1 de abril de 1994, requeridos para efectuar su traslado en virtud de la sentencia SU-062 de 2010²⁴. Adicionalmente, el 9 de junio de 2015 suscribió formulario de afiliación a Colpensiones²⁵, sin que obre en el expediente la respectiva respuesta a esta solicitud.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que en el año 1995 recibió una asesoría grupal en su lugar de trabajo, precedida por un funcionario de Protección S.A, el cual les dijo que el ISS se iba a acabar y que por ese motivo si permanecían allí no tendrían cómo pensionarse, además de ello les dijo que en este fondo privado accederían a una alta mesada pensional y que sus aportes serían heredables para todo su grupo familiar, a diferencia del RPM en donde la pensión sólo sería heredable para el cónyuge. Por otra parte, declaró que no le

²⁰ 02Demanda.pdf, pág 52 y 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 100, 160 y 173.

²¹ 02Demanda.pdf, pág 20, 12ContestacionProteccion.pdf, pág 76, y 13ContestacionColpensiones.pdf, pág 68.
Contaba con 701.14 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994

²² 02Demanda.pdf, págs 22 y 49, 12ContestacionProteccion.pdf, págs 37 y 78, y 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 70, 97, 130 y 157.

²³ 02Demanda.pdf, pág 169.

²⁴ 13ContestacionColpensiones.pdf, págs 170/171.

²⁵ 13ContestacionColpensiones.pdf, pág 172

informaron cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RAIS, las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, ni le hablaron de la posibilidad de realizar aportes voluntarios, la devolución de sus aportes en el evento de que no llegara a cumplir los requisitos para pensionarse en el RAIS, la generación de rendimientos financieros en su favor, ni de bono pensional.

Protección S.A no aportó elemento de convicción donde se demuestre la asesoría que dice haber brindado al demandante, 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 al entonces potencial afiliado, pero se abstuvo de presentar prueba en ese sentido.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al 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 Protección S.A. adujo que, estando suscrito por el demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, no habiéndose tachado su firma, y que, por contener las declaraciones que le exige el artículo 114 de la ley 100 de 1993, 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 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.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Protección S.A., vulneradoras de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²⁶ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como respuesta 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 en el artículo 271²⁷ 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 afiliado, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia conocida en apelación.

b) Consecuencias 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.

²⁶ **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.

²⁷ 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^{<1>} 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.

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.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **Protección S.A.** desde la primera instancia, en el sentido que esta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que el hoy demandante figuró como afiliado al RAIS.

Para resolver lo apelado por Protección S.A. en cuanto a los conceptos que se le impuso devolver, debe indicarse que ésta AFP también debe **trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración y el dinero destinado a los seguros previsionales**, por ella descontada durante el periodo de afiliación del 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 del hoy demandante, e ignorándose 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 el demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la 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, consecuencialmente 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 del hoy demandante, como anteriormente se explicó.

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, tema que forma parte del recurso de apelación, ante las órdenes impartidas en la primera instancia que aquí se confirma.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁸ 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 del hoy demandante en ella, se deben trasladar debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, aspecto en el cual, se adicionará la decisión de instancia, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana constituye un hecho notorio.

De otro lado, frente a la solicitud de Colpensiones presentada en sus alegatos en esta sede respecto a realizar un test de proporcionalidad o que se le autorice a realizar un estudio actuarial de los valores que se ordena devolver a Protección S.A, se precisa su extemporaneidad, y no se accederá a ésta petición, por no haberse solicitado en el escrito de contestación de demanda, y adicionalmente, la AFP del RAIS aún no ha devuelto a Colpensiones dichos conceptos, deviniendo impertinente realizar un estudio del valor actualizado del dinero sobre valores que aún se desconocen.

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 al actor.

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 el actor durante su afiliación en el RAIS.

Así las cosas, se **confirmará y adicionará** la sentencia conocida en apelación.

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

²⁸ 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 Protección S.A., que traslade a Colpensiones, los valores descontados al 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.

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

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. por haber resultado vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a 1SMLMV en 2022 y en favor del demandante.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín el 30 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor ALONSO DE JESÚS VASCO OCHOA contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A **adicionándola**, en el sentido en que esta última AFP:

Trasladará 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 todo el tiempo en que el demandante ha figurado como afiliado al RAIS, así como los valores descontados al actor por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, PROTECCIÓN S.A trasladará debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros, descontados en el mismo lapso, en que permaneció como afiliado ante ella.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN S.A los valores correspondientes a los conceptos aludidos, y homologar en el Régimen de Prima Media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. Agencias en derecho en el equivalente a 1 SMLMV en 2022 y en favor del demandante.

Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA

ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ
En ausencia justificada



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN