



## SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Radicado:** 05001-31-05-016-2019-00734-01 (O2-22-165)  
**Demandante:** LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA  
**Demandadas:** AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.  
**Procedencia:** JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN  
**Providencia:** SENTENCIA No.156 DEL 01 DE AGOSTO DE 2022  
**Asunto:** INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, al primer (01) día del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), la **Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, integrada por los magistrados SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-016-2019-00734-01 (O2-22-165), instaurado por **LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA** contra la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de y COLPENSIONES E.I.C.E., respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 16 de mayo de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, “*Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones*”, se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

### 1. ANTECEDENTES

El señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la nulidad, ineficacia, o inexistencia de su afiliación al RAIS, se

declare que las cosas deben volver al estado en el que estaban, entendiéndose que siempre ha permanecido afiliado al RPMPD; se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver al RPMPD todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, aportes obligatorios, y rendimientos financieros, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar su afiliación al RPMPD, sin solución de continuidad, recibir los recursos provenientes del RAIS, y actualizar su historia laboral; se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de perjuicios morales por doscientos (200) SMLMV, y se condene en costas a la parte demandada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 19 de diciembre de 1961, se afilió al RPMPD desde el año 1983, y se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2002, sin recibir información técnica y adecuada, bajo la creencia de que el RAIS era más beneficioso que el RPMPD, siendo que los asesores del fondo privado nunca le advirtieron que la pensión podría ser inferior, o que podría no pensionarse si el capital era insuficiente, o que existían distintas modalidades pensionales, o que la negociación del bono pensional implicaba un importante sacrificio financiero, o que tenía derecho a retractarse, y por el contrario, le aseguraron que el RPMPD desaparecería, que su condición pensional sería más ventajosa en el RAIS, que la pensión sería mejor, que en ningún caso estaría en desventaja frente al RPMPD, y que podría aspirar a una pensión anticipada. Revela que en abril de 2013 los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A. le informaron que la diferencia en la mesada pensional entre uno y otro régimen era de menos de \$100.000, y por ello decidió no trasladarse; que el 07 de octubre de 2019 le proyectó que a los 62 años podría aspirar a una pensión de vejez en el RAIS por \$3.554.220 mensuales, mientras que en el RPMPD había podido causar una mesada de \$7.425.083. Finalmente, indicó que el 06 de noviembre de 2019 le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, petición que fue desestimada el 08 de noviembre de 2019 por el fondo privado, y sobre la que no se ha publicado la administradora del fondo público demandado.

### **1.1. Trámite de Primera Instancia**

La demanda se admitió el 11 de febrero de 2020 (págs.118-119, doc.03, carp.01), y se notificó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 01 de diciembre de 2020 (doc.05, carp.01), a COLPENSIONES E.I.C.E. el 22 de abril de 2022 (doc.09, carp.01), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 02 de mayo de 2022 (doc.11, carp.01), y a al Procurador Judicial para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, el 02 de mayo de 2022 (doc.12, carp.01).

La AFP PROTECCIÓN S.A. radicó contestación el 18 de diciembre de 2020 (doc.07, carp.01), misma en la que admitió que el señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA nació el 19 de diciembre de 1961, que se afilió a la entidad en el año 2002, le solicitó declarar la nulidad de

su afiliación al RAIS el 06 de noviembre de 2019, y que dicha petición fue desestimada el día 08 del mismo mes y año. Relató que al momento de la solicitud se le brindó al actor una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, y que después de recibir una ilustración honesta y transparente sobre ambos regímenes pensionales y las condiciones particulares de cada uno, el actor decidió afiliarse libre de todo error en forma consciente e informada; que los regímenes pensionales son diferentes y excluyentes entre sí y, en ese sentido, no puede hablarse de ventajas o desventajas, ya que simplemente la favorabilidad de pertenecer a uno u otro va a depender de cada caso en particular y de las expectativas pensionales de cada afiliado. Añadió, que el 24 de abril de 2013, antes de que el demandante se encontrara dentro de los últimos 10 años para llegar a la edad requerida para pensionarse, se le brindó una re-asesoría en la cual se le realizaron cálculos y proyecciones respecto a su futuro pensional en ambos regímenes, y aunque el resultado la operación arrojó que no le convenía económicamente quedarse en PROTECCION S.A. el demandante decidió continuar afiliado a la entidad. De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, e incoó como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional.

Por su parte, COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 05 de mayo de 2022 (doc.13, carp.01), mediante la cual admitió que el señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA nació el 19 de diciembre de 1961. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que al demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima y así tener derecho a la pensión; que el mismo manifestó libremente su voluntad de trasladarse al RAIS, y que las consecuencias que se pudieren derivar de la ineficacia del traslado de régimen pensional son inoponibles a la entidad, y representan un desmedro patrimonial para la reserva pensional del RPMPD, porque la entidad es un tercero ajeno que no participó en el acto del que se pretende la nulidad, ineficacia o inexistencia. Consecuentemente, propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, y prescripción.

## **1.2. Sentencia de Primera Instancia**

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 16 de mayo de 2022 (doc.18, carp.01), por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación del señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA al RAIS; se condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, incluyendo las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos de administración, ni los aportes de solidaridad, ni ningún concepto, erogación que deberá realizar con cargo a sus propios recursos; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar la afiliación del actor al RPMPD y recibir todos los dineros que sean trasladados por la AFP PROTECCIÓN S.A.; se autorizó a COLPENSIONES E.I.C.E. a realizar un cálculo de equivalencia sobre los dineros recibidos, de forma tal que el traslado del demandante no le genere ningún perjuicio; se declararon no probadas las excepciones propuestas; y se condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. en favor del demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que a la AFP PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindarle al actor información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias entre el RPMPD y el RAIS; que la carga de la prueba se invirtió en favor del afiliado, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le hubiere brindado tal información al demandante, y que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, debiéndose realizar un cálculo de equivalencias para garantizar que el RPMPD no resulte afectado con las órdenes impartidas.

## **1.3. Recurso de Apelación**

Inconforme con la decisión antes descrita, la apoderada judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A. (minuto 31:10, doc.17, carp.01), interpuso el recurso de apelación, a fin de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la devolución de las comisiones de administración, siendo que su cobro fue autorizado por el legislador para ambos regímenes, y que de no haberse cobrado, no se habrían generado los rendimientos financieros que serán trasladados; también en lo que respecta a la devolución de las primas del seguro previsional, en tanto que las mismas fueron trasladadas a un tercero de buena fe que garantizó el cubrimiento de las contingencias amparadas; y en lo que tiene que ver con el cálculo de la equivalencia, en la medida en que con los rendimientos se logra suplir cualquier diferencia que pueda existir respecto del traslado de los aportes.

#### **1.4. Grado Jurisdiccional de Consulta**

Teniendo en cuenta que la decisión adoptada en primera instancia, fue adversa a los intereses COLPENSIONES E.I.C.E., la sentencia será examinada íntegramente en favor de la antedicha entidad, bajo el grado jurisdiccional de consulta.

#### **1.5. Trámite de Segunda Instancia**

El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 23 de mayo de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 31 del mismo mes y año (doc.03, carp.02), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, presentaran, si a bien lo tuvieran, alegatos de conclusión por escrito.

La apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 07 de junio de 2022 (doc.04, carp.02), con el objeto de que se disponga la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto a los fondos privados no puede imponérseles la obligación de contar con soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, además de que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado entre regímenes, y que el retorno inoportuno de quienes están afiliados al RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Subsidiariamente, peticionó se ordene el traslado de todos los valores o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que se hubiere descontado de la cotización.

El apoderado judicial del señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA, alegó el 07 de junio de 2022 (doc.05, carp.02), recabó la confirmación de la sentencia de primer grado, arguyendo que a la AFP PORTECCIÓN S.A. le correspondía asumir la carga de probar el cumplimiento del deber de información, lo que no demostró.

Finalmente, se observa que el vocero judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., no presentó alegatos de conclusión.

## **2. ANÁLISIS DE LA SALA**

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN S.A.,

advirtiéndose que en observancia del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de surtirse la revisión íntegra de la sentencia, bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E.

## **2.1. Problemas Jurídicos**

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar si la afiliación del señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., deviene en ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, el fondo privado le garantizó al afiliado el derecho al consentimiento informado; en caso contrario, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

## **2.2. Sentido del Fallo**

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA, por no haberse acreditado que la AFP PROTECCIÓN S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que le acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; la revocará en lo que respecta a la elaboración del cálculo de equivalencias, y el traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional; la modificará en el sentido de expresamente ordenar el traslado, no solo las cotizaciones, los rendimientos financieros, sino también lo descontado por los conceptos de comisiones de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas del seguro previsional; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, sin que hayan sido objeto de capitalización.

## **2.3. Solución de los Problemas Jurídicos Planteados**

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es

procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Sea lo primero en señalar que, esta Corporación acoge el criterio jurisprudencial que antaño ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto, entre otras sentencias, en la SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL 1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054, según el cual, la carga de la prueba se invierte en favor de los afiliados considerando que: (i) las negaciones indefinidas no pueden demostrarse materialmente por quien las invoca, (ii) el afiliado representa la parte débil de la relación jurídica contractual en virtud de la posición en el mercado, profesionalismo, y experticia que debe tener las administradoras de fondos de pensiones, y (iii) el demandante tiene menos posibilidades de esclarecer los hechos que se debaten ya que las administradoras de fondos de pensiones son las que tienen el control de la operación; reglas jurisprudenciales que, en criterio del Alto Tribunal, resultan aplicables a todos los procesos en los que se discute la validez del traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, que el afiliado sea beneficiario o no del régimen de transición, o que esté próximo o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subraya de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que el señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA nació el 19 de diciembre de 1961 (pág.19, doc.03, carp.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 24 de agosto de 1983 (págs.20-26, 27-29, doc.03, carp.01; págs.83-85, doc.07, carp.01), y se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 11 de enero de 2002 (pág.48, doc.03, carp.01; pág.47, doc.03, carp.01). Tampoco se discute que el 24 de abril de 2013 la AFP PROTECCIÓN S.A. le brindó una re-asesoría sobre su situación pensional al actor, en la que le advirtió que en el RAIS podría acceder a una pensión anticipada de \$2.845.821, mientras que en el RPMPD la pensión regular sería de \$2.978.337 (págs.55-56, doc.03, carp.01; págs.86-87, doc.07, carp.01; y que el 07 de octubre de 2019 se le proyectó que a los 62 años podría acceder a una mesada pensional de \$3.554.220 en el RAIS, mientras que en el RPMPD habría

podido causar una mesada de \$5.644.317 (págs.49-53, doc.03, carp.01). En igual sentido, se encuentra acreditado que el 06 de noviembre de 2019 el demandante incoó ante la AFP PROTECCIÓN S.A. (págs.57-58, doc.03; carp.01), y COLPENSIONES E.I.C.E. (págs.59-60, doc.03; carp.01), las mismas reclamaciones formuladas con el libelo genitor, las cuales fueron desestimadas el 08 de noviembre de 2019 por la AFP PROTECCIÓN S.A. (págs.64-65, doc.03, carp.03), y frente a las cuales COLPENSIONES E.I.C.E. no emitió pronunciamiento alguno. En último término, no se discute que el actor actualmente cuenta con 62 años de edad (pág.19, doc.03, carp.01), 1.815,72 semanas cotizadas (págs.63-82, doc.07, carp.01), y \$360.843.445 acumulados en la cuenta de ahorro individual, de los cuales \$146.811.416 son aportes, y \$214.476.118 son rendimientos (págs.48-59, doc.07, carp.01).

### **2.3.1. La ineficacia de la afiliación y la libertad de la selección de régimen**

El Sistema General de Seguridad Social fue diseñado como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que la ciudadanía pueda gozar de una calidad de vida digna, mediante la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica (preámbulo de la Ley 100 de 1993); de forma subsecuente, el Sistema General de Pensiones fue diseñado para garantizar el amparo ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y en aras de dar cumplimiento al objetivo trazado por el legislador, se establecieron dentro de estos dos regímenes excluyentes pero coexistentes: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Las administradoras de ambos regímenes ostentan la naturaleza de entidades previsionales (artículo 90 de la Ley 100 de 1993, artículo 4° del Decreto 656 de 1994), característica que les exige formación en la ética del servicio público, y las ubica el campo de la responsabilidad profesional.

La selección del régimen es libre y voluntaria, y para tal efecto, al momento de la vinculación o del traslado, el afiliado debe manifestar su elección por escrito (literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993), y frente al desconocimiento de aquel derecho a la libertad de selección, proceden las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 ibídem, esto es, la ineficacia de la afiliación y la imposición de una multa a cargo de la persona natural o jurídica que hubiere impedido o trasgredido de cualquier forma el derecho de selección de régimen pensional. Para que se perfeccione el cumplimiento de las obligaciones y derechos antes descritos, a las administradoras de fondos de pensiones se les impone un obrar acorde a la trascendencia de la labor que cumplen, obligaciones que emanan del principio de la buena fe y que se contraen a la transparencia, la vigilancia y el deber de información, dentro del ejercicio de un buen consejo, tal y como lo ha entendido el órgano jurisprudencial de cierre (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-



2014, radicado 46292, SL-1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054).

La línea jurisprudencial antes descrita contempla el precedente judicial por seguir, y del que se desprende: (i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; (ii) que el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; (iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación procesal; (iv) que permanecer en un régimen pensional por largos años, o que se le haya re-asesorado, o que haya tenido insipientes comunicaciones con la AFP, o que hubiere realizado traslados entre las diferentes administradoras de pensiones del RAIS, no ratifica ni convalida el acto de afiliación y traslado viciado de ineficacia; (v) que el fenómeno extintivo de la prescripción no opera respecto de la pretensión de ineficacia de la afiliación, ya que la sentencia que declara la misma, en realidad lo que hace es constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis; y (vi) que la administradora que indujo en error al afiliado para trasladarlo al RAIS, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por el afiliado, asumiendo a su cargo los deterioros o menguas que estos hubieren sufrido. (Subraya de la Sala)

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que el señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA se trasladó de régimen pensional, 11 de enero de 2002 (pág.48, doc.03, carp.01; pág.47, doc.03, carp.01), la AFP PROTECCIÓN S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado, en los términos previstos en los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, lo que en términos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consiste en "... ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales" (SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054 – Subraya de la Sala), de todo lo cual, lo único que se adosó fue el formulario de afiliación (pág.47, doc.03, carp.01), documental que no refleja de manera alguna que al promotor del juicio se le hubiere prestado la asesoría calificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PROTECCIÓN S.A., hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que

debía ser suministrada, ya que no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron materia de análisis previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado al régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que el hecho de que la AFP PROTECCIÓN S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliado, previo a efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se observa que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por el señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA (desde el minuto 06:25, doc.17, carp.01), éste admitió que había suscrito el formulario de afiliación a AFP PROTECCIÓN S.A., no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, el demandante manifestó que se trasladó de régimen pensional porque la incertidumbre que existía respecto de la permanencia del Seguro Social era muy grande, siendo convencido de que era mejor trasladarse a una compañía del sector privado, pues en ambos regímenes la pensión era básicamente la misma, y que en el año 2013 los asesores de la entidad le dijeron que calculaban una pequeña diferencia en el monto de la pensión, siendo más alta la mesada en el RPMPD, pero también le advirtieron que como el ISS recientemente se había liquidado, y COLPENSIONES E.I.C.E. apenas se estaba conformando, era mejor conservar la seguridad que le brindaba el fondo privado.

También es del caso resaltar que la AFP PROTECCIÓN S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió al accionante en el momento en el que se produjo el traslado de régimen pensional, cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. A *contrario sensu*, la falta de soporte documental de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico del actor en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que el afiliado no realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la administradora de fondos de pensiones, y no al afiliado.

Finalmente, conviene ahincar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *"... la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia"* (CSJ SL-1467 del 24-04-2021, radicado 85037). En consonancia con lo anterior, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia, en cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional del deprecante.

### **2.3.2. Los efectos de la ineficacia de la selección de régimen**

En lo que concierne a los efectos que devienen de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, es menester indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos previstos en el artículo 1746 del CC, en consonancia a lo pregonado por el máximo tribunal de esta jurisdicción (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31898, SL-4989 del 14-11-2018, radicado 47125, y SL-1429 del 09-04-2019, radicado 68202), a la vez de que COLPENSIONES E.I.C.E. tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que exista alguna circunstancia impeditiva para ello, por el simple hecho de ser un tercero respecto del acto jurídico del que se declarará la ineficacia, por la potísima razón de que administra el RPMPD, al que se encontraba afiliado el señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA antes del traslado de régimen pensional.

Importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667, en la que, sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico como el aquí analizado, adoctrinó *"... De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. [...] a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado"*, y al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, el máximo tribunal de esta jurisdicción precisó:

*"i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;*

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante 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.*

*iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones"*.

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP PROTECCIÓN S.A. sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un fundamento legal y sirvieron en su momento a un propósito previamente establecido como lo es el aseguramiento

de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento financiero de un fondo de garantía, aquellos nunca se hubieran materializado, de no haberse efectuado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En aditamento a lo anterior, esta Sala considera que hay lugar al traslado de la totalidad de las sumas que la AFP PROTECCIÓN S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación del señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 ibídem; por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada (SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667), se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia del afiliado y no como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene es a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

Ahora bien, ha de precisarse que el *a quo* también ordenó el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, descuento sobre el cual estima la Sala no es procedente su devolución, habida cuenta que este fondo no es exclusivo del RAIS, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es un fondo independiente del Sistema General de Pensiones, es decir, que el Fondo de Solidaridad Pensional que tiene una naturaleza totalmente diferente al RAIS y al RPMPD: *"es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública"* (T-321 de 2019), cuya finalidad es *"(...) subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte"* y *"hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social"* y *materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas"*, (artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), y de consiguiente, su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del RPMPD, y dado que al haber sido materia de apelación la

devolución de descuentos efectuados sobre las cotizaciones, deberá revocarse la condena impartida en ese sentido en sede de primera instancia.

En lo que concierne a la indexación de las partidas descontadas de la cotización y sujetas a traslado, cumple señalar que aunque la actualización monetaria no fue objeto de impetración con la demanda, ni fue materia de excepción de fondo por parte de COLPENSIONES E.I.C.E., vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento de manera oficiosa, en tanto que la misma no corresponde a una condena adicional, sino que connota el mero reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Sobre este particular, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, siguiendo el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL-950-2022 atrás citada, en la que rememora: “... la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones - debidamente indexados- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones [...]. De igual modo, la AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo en sus propios recursos”.

De cara al cálculo de equivalencia de lo trasladado, ha de relieves la Sala que tal decisión no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano de esta jurisdicción no ha tenido variación, además de que no es posible impartir ese tipo de condenas, cuando, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente era que se hubiera ordenado a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que por aportes hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportaciones al fondo de garantía de

pensión mínima, con todos los rendimientos, frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667).

Así las cosas, se revocará el fallo de primera instancia, en lo que respecta a la elaboración del cálculo de equivalencias, y el traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional; se modificará en el sentido de ordenar no solo el traslado de los aportes y los rendimientos financieros, sino lo descontado por los conceptos de comisiones de administración, de aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas del seguro previsional; y se adicionará en el sentido de indicar que las sumas descontadas de la cotización por dichos rubros, y que se ordenaron trasladar con cargo a los recursos propios de la AFP PROTECCIÓN S.A., deberá hacerse de manera indexada.

### **2.3.3. La excepción de prescripción**

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que “... a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria” (SL-1465 del 21-04-2021, radicado 87050), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, la consecuencia jurídica inmediata de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen impone el traslado de las aportaciones de manera íntegra, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado a la materialización del derecho a la pensión de vejez como a la conformación del capital y réditos necesarios para su reconocimiento, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL-361 del 13-02-2019, radicado 63615.

Colofón de todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA, por no haberse acreditado que la AFP PROTECCIÓN S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos adversos que le acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; la revocará en lo que respecta a la elaboración del cálculo de equivalencias, y el traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional; la modificará en el sentido de expresamente ordenarse el traslado, no solo las cotizaciones y los rendimientos financieros, sino también de lo descontado por comisiones de administración, por aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y para cubrir el valor de las primas del seguro previsional; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

### 3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, no se impondrán costas en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., en la medida en que el recurso de apelación impetrado alcanzó prosperidad parcial, en lo atinente al cálculo de las equivalencias, ni a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., puesto que no impetró el recurso de apelación, y la sentencia se analizó íntegramente a su favor, bajo el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN, Sala Quinta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### 4. RESUELVE

**PRIMERO:** REVOCAR parcialmente, MODIFICAR y ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

*“**TERCERO:** CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, y que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones y rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados, por concepto de comisiones de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y trasladar debidamente indexados”.*

**SEGUNDO:** REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de fecha y origen conocidos, en cuanto ordenó la elaboración de un “cálculo de equivalencias”; numeral que quedará del siguiente tenor literal:

*“**CUARTO:** ORDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar la afiliación del señor LUÍS FERNANDO SIERRA ARBOLEDA al régimen de prima media con prestación definida, y recibir todos los dineros que sean trasladados por la AFP PROTECCIÓN S.A.”*

**TERCERO:** CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.



**CUARTO:** SIN COSTAS en esta instancia.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**, acogiendo el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en el Auto AL-2550 del 23-06-2021, radicado 89.628, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala, previa anotación en el registro respectivo, y **DEVUÉLVASE** el expediente electrónico al juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

  
**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**  
Magistrado Ponente

  
**SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE**  
Magistrada

  
**JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES**  
Magistrado

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario

**CONSTANCIA SECRETARIAL**

Se deja constancia de que las anteriores firmas, corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario