



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: HECTOR JOSE CARO BOTERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO: 050013105 – 012-2018-00682-01
ACTA N°: 41

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **HECTOR JOSE CARO BOTERO** en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **LAS ENTIDADES DEMANDADAS** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 41** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: i) Que se **DECLARE** la **INEFICACIA** de su traslado del RPM al RAIS por carecer de validez y existir vicio en el consentimiento; y se **DECLARE** la existencia y vigencia de la afiliación al RPM sin solución de continuidad; ii) Se **CONDENE** a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y que hagan parte de la cuenta individual del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, o sumas adicionales de la aseguradora, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración; iii) Que se **CONDENE** a COLPENSIONES a recibir dichos aportes y a tenerlo en condición de afiliado al RPM y costas del proceso.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** inició su vida laboral como médico rural y se afilío al régimen de prima media por intermedio de la DIRECCION SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA por el periodo comprendido entre el 1

¹ Archivo 02ExpedienteDigitalizado Pág. 1-18 / PDF

de septiembre de 1992 hasta el 2 de septiembre de 1993. Estuvo afiliado al I.S.S desde el 14 de septiembre de 1994 hasta julio de 1997, año en el que se trasladó a PROTECCIÓN entidad en la que permanece afiliado en la actualidad. Su traslado obedeció a asesoría brindada por un asesor de la entidad en la que se omitió darle información clara, precisa y detallada de las características y funcionamiento del sistema; de cómo se financiaba la pensión, sus modalidades, de la garantía de sostener o no las tasas de rentabilidad; sobre el ingreso base de liquidación, la fidelidad de cotización, el salario, el valor del bono pensional, no le hicieron proyección de su pensión en ambos regímenes, ni le fue estudiado o analizado su escenario pensional al momento de la promoción del RAIS. **ii)** Solicitó ante Protección las pruebas de la asesoría y re asesoría que le suministró la entidad, sin embargo, la respondió ante tal solicitud que no tenía archivos ni información física o digital de las asesorías. Y radicó ante PROTECCIÓN en abril de 2017 solicitud para ser trasladado de régimen, pero la entidad emitió respuesta negativa en abril de 2018 por no ser procedente efectuar el traslado aduciendo que al afiliado le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. **iii)** A causa de la deficiente asesoría suministrada por la AFP encuentra que su mesada pensional sufrirá un daño latente en comparación con la que le otorgaría el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

2. CONTESTACIONES

2.1. PROTECCIÓN²

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando, en síntesis: **i)** La afiliación suscrita con Protección es un acto existente válido y exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, señala que el traslado de régimen se dio con el lleno de los requisitos legales, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y como prueba de ello se tiene su firma en el formulario de afiliación en señal de aceptación, por lo que no se presenta causal alguna de ineficacia ni vicios del consentimiento tornen en ineficaz o nula su afiliación, por lo mismo no hay lugar de que se traslade el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, además los mismos harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el Régimen de Ahorro Individual al cual hoy se encuentra válidamente afiliado y del que no puede trasladarse; tampoco hay lugar a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, pues PROTECCIÓN S.A., no es poseedor de los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro individual que administra **ii)** Indica que no se puede pretender la declaratoria de una INEFICACIA soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico, y las fórmulas se encuentran consagradas legalmente tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 y en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la

² Archivo 02ExpedienteDigitalizado Pág. 119-131/ PDF

Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, normatividad exequible a la fecha.

iii) Señala que se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003. iv) Frente a la pretensión orientada a declarar sin solución de continuidad la afiliación del demandante al RPM, indica que no puede prosperar, debido a que por su propia voluntad y en ejercicio de su derecho de libre elección se afilió a PROTECCIÓN en el año 1994.

Propuso como excepciones las que denominó: 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.

2.2. COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a todas las pretensiones por carecer de fundamentación legal; además, afirma que COLPENSIONES no incumplió ninguna obligación legal por cuanto la afiliación se realizó en debida forma, siguiendo lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Alega también que los formularios evidencian que no hubo constreñimiento por lo que la decisión del actor fue libre y espontánea de manera que al demandante no se le han vulnerado derecho alguno; se opone a que se ordene a la entidad a recibir estos aportes, dado que con los mismos no se reconoce ninguna indemnización a su representada, que resulta perjudicada por hechos en que participaron terceros; se opone a ser condenada en costas toda vez que COLPENSIONES actuó de buena fe y acorde a derecho.

Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **30 de noviembre de 2021** la **JUEZ DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁵: **i) DECLARÓ** ineficacia de la afiliación del señor HECTOR JOSÉ CARO BOTERO identificado con cédula de ciudadanía número 70.5573921⁶ al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el marco de la afiliación adelantado por la PROTECCIÓN S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida dirigido por COLPENSIONES. **ii) CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del señor HECTOR JOSE CARO BOTERO, incluyendo para el efecto las cotizaciones con sus rendimientos financiero, el porcentaje

³ Archivo 02ExpedienteDigitalizado Pág. 82-90 / PDF

⁴ Archivo 11ActaAudienciaArt77y80 Pág. 1-5 / PDF

⁵ Archivo 12VideoAudienciaArt77y80

⁶ Archivo 02ExpedienteDigitalizado Pág. 25 / PDF

descontado por garantía de pensión mínima, las cuotas de administración y los demás emolumentos descontados en vigencia de la afiliación como si hubiese permanecido en el RPM. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del señor HECTOR JOSE CARO BOTERO al RPM sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos en el fondo común que administra, para que su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral. **iv) DECLARÓ** infundadas las excepciones de prescripción y compensación. **v) CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A en derecho en favor del demandante.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1 DE PROTECCIÓN

Solicita se revoque la sentencia de forma parcial, respecto a la orden de trasladar a COLPENSIONES los descuentos por gastos de administración, entendiéndose por estos las primas de seguros previsionales, las comisiones de administración, para ello señala lo siguiente: **i)** Resalta que los descuentos por cuotas de administración y de seguro previsional se encuentran autorizados porque la ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por la ley 797 del 2013 en su artículo 7, como se puede realizar frente cualquier entidad administradora de pensiones; **ii)** Afirma que los descuentos se realizaron como contraprestación a una buena gestión de administración del recursos del demandante, como se puede evidenciar en la cuenta de ahorro individual la cual asciende a un porcentaje del ciento ochenta y cuatro por ciento, así obra dentro del expediente en el certificado de cuenta de ahorro individual obrante dentro del plenario; **iii)** Aduce que no hay lugar a la devolución de estos dineros en razón a que se trata de valores ya causados durante la administración de esos recursos del fondo de pensiones como tal, es un descuento que se puede hacer frente a cualquier entidad financiera. Así las cosas se debe hablar de prestaciones acaecidas, teoría que fue puesta de presente por la Corte Suprema De Justicia en su sala laboral, en la sentencia de radicado 31989 de septiembre de 2008, magistrado ponente doctor Eduardo López Villegas, cuando manifiesta lo siguiente: "las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que, a diferencia de propender por el retorno del estado original al momento en que se formalizó el acto anulado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas, ya en el ámbito del derecho laboral o de la seguridad social". Además debe tenerse presente que frente al cobro del tres por ciento destinado para gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la ley. Y debe tenerse que este es un concepto que no financia directamente la prestación económica por vejez.

4.2. EL RECURSO DE COLPENSIONES

Solicita se revoque la sentencia y en su lugar absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones argumentando: i) No fueron valoradas de forma armónica todas las pruebas traídas al proceso de las cuales se infieren situaciones particulares del demandante que desdichan la ineficacia de la afiliación, fundamentalmente que no se encontraban excluidos del RAIS, no fueron beneficiarios del régimen de transición, ni tenía expectativas legítimas de pensionarse en el RPM cuando decidieron afiliarse a la AFP PROTECCIÓN. No se tuvo en cuenta que el afiliado es una persona con formación académica superior y que por ende su situación no puede asimilarse a la de una persona sin ningún tipo de preparación académica, que desconoce la importancia de leer los documentos y asesorarse en debida forma antes de firmar y adquirir obligaciones. ii) Si bien no tenía que conocer con dominio el funcionamiento del RAIS, si estaba más que capacitado para indagar por su situación pensional, para asesorarse sobre la viabilidad del traslado de régimen y las consecuencias que esto traería para su futuro. Se trata de un afiliado que no se duele de una falta de información, ni de la negación de su derecho pensional; de lo que se duele realmente es de una expectativa económica dada por el mayor valor de la mesada pensional que cree encontrar si se traslada a COLPENSIONES, lo que no es el criterio fundante de la ineficacia y por ende no debe declararse la misma. iii) En el evento de mantener la declaratoria de ineficacia, solicita se adicione a la sentencia de primera instancia, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. que traslade lo descontado al demandante para cubrir los seguros de invalidez y muerte, y que todos los emolumentos que fueron descontados sean indexados, entendiendo que la indexación no es una condena adicional, sino la justa actualización de los dineros que debió recibir COLPENSIONES años atrás.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁷, únicamente **COLPENSIONES**⁸ intervino de manera oportuna, y su apoderada solicita: **i)** Analizar lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador consagrado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez. **ii)** Estudiar el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario (Decreto 663 de 1993), debido a que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima y debido proceso. **iii)** En los eventos de traslado de Régimen, se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y/ COLPENSIONES y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, en este caso la parte demandante no aporta

⁷ Artículo 15 Decreto 806 de 2020

⁸ Archivo 05.012-2018-00862AlegatosCOLPENSIONES

ninguna prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega. Sin embargo, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016. Esto implica la creación de una presunción de la mala fe de los Fondos. **iv)** Existen unos deberes mínimos establecidos en el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010 en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. **v)** No se probó que el traslado al Régimen de Ahorro Individual haya sido por falta de información al demandante, el asesor del fondo privado le suministro la información que le permitió suscribir el formulario de afiliación sin presión, circunstancia que permiten claramente concluir que su traslado fue voluntario, libre y consentido.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las **DEMANDADAS** y en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.*

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna

persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a ésta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.

- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como 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.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha 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; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora

de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: i) **HECTOR JOSE CARO BOTERO** nació el **27 de enero de 1963** por lo que en este momento cuenta con **59 años**⁹; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el 14 de septiembre de 1994 hasta mayo de 1997 y cotizó 83.29 semanas hasta mayo de 1997¹⁰, iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **1 de julio de 1997** y en ese momento laboraba en el MASSALUD LTDA como MÉDICO¹¹.

La demandada ha afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por la actora, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **HECTOR JOSE CARO BOTERO**, ésta tenía menos de **40 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para

⁹ Archivo 02ExpedienteDigitalizado Pág. 25 / PDF

¹⁰ Archivo 02ExpedienteDigitalizado Pág. 29 / PDF

¹¹ Archivo 02ExpedienteDigitalizado Pág. 143 - 216 / PDF

pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 62 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como el demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que había efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de las HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. **v)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, y por esta razón, debe la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado que ha de **CONFIRMARSE** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Debe destacarse que la ADMINISTRADORA DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto,

en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente 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. Por ello, **PROTECCIÓN S. A.** efectuará la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**) **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba 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 definido por la Corte Constitucional 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. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se **MODIFICARÁ** la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia sólo se CONDENÓ en COSTAS a PROTECCIÓN S.A, decisión que no fue cuestionada de manera concreta por esta entidad. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia**, al no prosperar el recurso interpuesto por la AFP PORTECCIÓN serán a su cargo y a favor del demandante. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v. No se condena en costas a COLPENSIONES debido a que el recurso interpuesto prospera parcialmente.

8. LA DECISIÓN

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, **DECIDE**:

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, pero con las siguientes MODIFICACIONES:

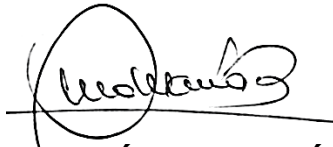
- El numeral **SEGUNDO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PROTECCIÓN S.A.** debe **devolver** a **COLPENSIONES** los **gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS**

DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de la providencia. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA
SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA



RADICADO: 050013105 – 012-2018-00682-01

SENTENCIA del //17/06/2022

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia,
para ello debe tener una cuenta de Microsoft.

Enlace en caso de no tener lector QR: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/E s4WTVjotd9AsR2bvbiawH8B1BPsRpjwCtb59rchxqbedQ?e=2S7866