



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ ELENA SALAZAR QUINTERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO: 050013105 – 019-2021-00355-01
ACTA N°: 42

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 **LUZ ELENA SALAZAR QUINTERO** para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Diecinueve 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 42** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: i) Que se **DECLARE** la **INEFICACIA** del traslado realizado del RPM al RAIS por carecer de validez y existir vicio en el consentimiento; y se **DECLARE** que se encuentra válidamente afiliada al RPM sin solución de continuidad; ii) Se **CONDENE** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES a trasladar los aportes en pensiones realizados por la asegurada como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión; iii) Que se **CONDENE** a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones trasladados por PROTECCIÓN S.A. e incorporarlos a la historia laboral de la asegurada dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción

¹ Archivo 02DemandaAnexos Pág. 2-8 / PDF

y que se CONDENE a PROTECCIÓN Y COLPENSIONES al pago de las agencias en derecho y costas procesales a que haya lugar.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** LUZ ELENA SALAZAR QUINTERO nació el 29 de julio de 1963 por lo que al momento de presentar la demanda contaba con 57 años. **ii)** Estuvo afiliada al I.S.S hasta febrero de 1996, año en el que se trasladó a PROTECCIÓN entidad en la que permanece afiliada en la actualidad. Su traslado obedeció a que dicha entidad administradora, no la asesoró de forma debida, no informó de manera clara, completa y verídica sobre todas las consecuencias que tendría en su caso particular, las diferencias o desventajas que se presentan entre uno. **iii)** Señala que PROTECCIÓN Y COLPENSIONES dentro del plazo máximo para realizar el traslado de régimen, ninguno de los dos cumplió con la obligación legal de asesorarla de forma clara, verídica, suficiente y oportuna, cumpliendo con el deber del buen consejo, atendiendo a sus condiciones particulares. **iv)** Indica que de haber sido asesorada correctamente desde el primer momento por ambas AFP no hubiese efectuado un traslado de Régimen y permanecería en COLPENSIONES, lográndose pensionar en mejores condiciones y mediante un valor de pensión fijo, que incrementa conforme al I.P.C. y que no podrá ser disminuido conforme a los cambios volátiles del mercado.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones argumentando que no existe vicio en el consentimiento de la demandante en su traslado voluntario de régimen e invoca e los literales b y e del artículo 13 de la Ley 100 y el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, impiden el traslado de régimen para quienes les faltare menos de 10 años para pensionarse.

Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DEL TRASLADO, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EQUILIBRIO FINANCIERO DEL SISTEMA, PRESCRIPCION, COMPENSACIÓN y cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

2.2. PROTECCIÓN³

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando, en síntesis: **i)** Se OPONE a la declaración de INEFICACIA y/o nulidad de la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN, por ser un acto exento de vicios y fuerza, libre de presión y engaños, por lo que la favorabilidad económica no es suficiente para viciar el consentimiento.

² Archivo 10ContestaciónColpensiones Pág. 2-18 / PDF

³ Archivo 12ContestaciónProtección Pág. 2-28

Además, argumenta que la forma como se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace INEFICAZ la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 y en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015. **ii)** Expone que la segunda pretensión debe fracasar toda vez que la afiliación al RAIS es válida y eficaz por lo que no puede predicarse que siempre ha estado afiliada a COLPENSIONES. **iii)** Está en contra de que se declare que PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a Colpensiones el monto del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante por cuanto no hay causal de ineficacia, monto que hará parte del capital que financiará la prestación económica generada en el RAIS al que está válidamente afiliada y del que no puede trasladarse. Así mismo, entiende que no hay lugar a que se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones intereses financieros pues la entidad no es poseedora de los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro individual que administra. De igual forma, por el concepto de pago al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tampoco puede devolverse, pues el pago a este Fondo se realiza mes a mes. En relación con los pagos de gastos de administración, debe mencionarse que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros del demandante y que han generado rendimientos, por lo que si pretende la devolución de las cuotas de administración no puede prosperar la devolución de rendimientos. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y 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.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **14 de enero de 2022** el **JUEZ DIEZ Y NUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARÓ** ineficaz el traslado o vinculación de LUZ ELENA SALAZAR QUINTERO con cédula de ciudadanía 42.879.564 al régimen de ahorro individual con solidaridad materializada a través de lo que es hoy PROTECCIÓN S.A.; y consecuentemente, que, para efectos pensionales, esta deba tenerse como afiliada al régimen de prima media con prestación definida en garantía del derecho de libre escogencia de régimen pensional, desde su vinculación inicial al sistema general de pensiones. **ii) CONDENÓ** a COLPENSIONES a aceptar el regreso o la afiliación de LUZ ELENA SALAZAR QUINTERO a esa entidad. **ii) ORDENÓ** a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de LUZ ELENA SALAZAR

⁴ Archivo 18AudienciaArts77y80CPTSSRad2019-00642,2020-00378,2021-00045y2021-00355(Parte1) / Minuto 2:54:40

QUINTERO como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores para pago de seguros previsionales, con destino a COPLPENSIONES, y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral. **iv) ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de las restantes pretensiones incoadas en su contra. Las COSTAS del proceso a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante.

4. RECURSOS DE APELACION

4.1. DE PROTECCIÓN⁵

Solicita se revoque la sentencia de forma parcial, en lo referente a la condena de devolución de comisiones de administración de PROTECCIÓN S.A, para ello señala lo siguiente: **i)** El descuento se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible aplicable y vigente, no por capricho de la entidad. Se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual. **ii)** En el hipotético e caso que se asuma que PROTECCIÓN no realizó su gestión y administración y se ordene la devolución de esos conceptos, debe proceder entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada a dicha entidad, pues esto se genera producto de la gestión y la buena administración. **iii)** En caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deben trasladar solo los aportes que se encuentran acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante; y los rendimientos generados.

4.2. EL RECURSO DE COLPENSIONES⁶

Se cuestiona la sentencia en los siguientes aspectos: **i) Respecto a la declaratoria de ineficacia. a)** A la fecha en que solicitó devolverse al RPM contaba con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión que es el requisito de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003. **b)** Respecto a la carga de la prueba, ésta no puede trasladarse de manera absoluta a las administradoras de los fondos de pensiones, porque es más sencillo para el afiliado probar ciertos supuestos como sucede en este caso. El operador judicial debe tener en cuenta la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS cuando se da ese traslado entre fondos por más de una vez; demostrando que el afiliado conoce del funcionamiento del RAIS y que era su deseo el permanecer en este régimen. **c)** Indica que se desconoció el argumento esbozado referido a que no existió ningún vicio del consentimiento, porque un error de derecho no produce nulidad alguna ni puede generar la ineficacia de un traslado. Invoca la sentencia C-1024/2004 y SU-062/2010 y señala que el derecho a la libre elección de fondo no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. **d)** Reclama que no es aceptable que se alegue por parte de la demandante su propia culpa a favor, pues

⁵ 19AudienciaArts77y80CPTSSRad2019-00642,2020-00378,2021-00045y2021-00355(Parte2) / Minuto 1:44

⁶ 19AudienciaArts77y80CPTSSRad2019-00642,2020-00378,2021-00045y2021-00355(Parte2) / Minuto 3:15

contó con los medios y tuvo la oportunidad de realizar cualquier tipo de pregunta. **ii) Sobre las sumas a devolver:** Si se considera que hay lugar a confirmar la decisión se debe ordenar la devolución del total ahorrado en la cuenta individual de la demandante, los intereses y los rendimientos desde que el demandante se vinculó al RAIS y hasta que sea trasladada a Colpensiones, lo correspondiente a las cuotas de administración, al porcentaje de pensión de garantía mínima, los porcentajes de seguros previsionales durante todo el tiempo que estuvo vinculada la demandante a la administradora del RAIS, los gastos de administración, y, adicional a lo anterior, que esos dineros sean debidamente indexados.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, únicamente **COLPENSIONES** intervino de manera oportuna, y su apoderada solicita respetuosamente la exoneración de toda responsabilidad a la entidad que represento y lo hace bajo los siguientes argumentos: **i)** Debe analizarse 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. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional. **ii)** Es necesario 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. Indica que no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante. **iii)** La demandante debe aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño, pues es claro entonces que la afiliación efectuada al RAIS por la demandante goza de plena validez y lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora el demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP, hecho que debe demostrar. **iv)** No es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados tras la libre elección de un nuevo fondo.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN** 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 de la 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) **LUZ ELENA SALAZAR QUINTERO** nació el **29 de julio de 1963** por lo que en este momento cuenta con **58 años**⁷; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **25 de abril de 1991** y cotizó 191.43 semanas hasta **febrero de 1996**⁸; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **28 de febrero de 1996** y en ese momento laboraba en MAPRE LTDA como CONTADORA⁹.

⁷Archivo 02 DemandaAnexos Pág. 12 /PDF

⁸Archivo 11HistoriaLaboralExpedienteAdministrativo Pág. 1 /PDF

⁹Archivo 11HistoriaLaboralExpedienteAdministrativo Pág. 28 /PDF

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 **CLAUDIA ELENA DIEZ GIRALDO**, ésta tenía menos de **35 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 la demandante era beneficiaria 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 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 57 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 la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de las MUJERES a los 60 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 57 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**.

Lo anterior, teniendo en cuenta que aspectos como el traslado que realicen los afiliados a otras AFP o **el permanecer en el RAIS a pesar de haber recibido reasesorías posteriores**¹⁰, en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. (**SL 2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021, SL 3349 de 2021, SL 5686-2021 y SL1055- 2022**). Y tampoco se comparte el análisis efectuado referido **al monto de la pensión de vejez en cada régimen**, aspecto sobre el que la Alta Corporación también se ha pronunciado en sentencias como la **SL 5686 – 2021** en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del

¹⁰ Expediente – página 135, 172 a 175

Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

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 afiliada 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**). 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 Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, pero con las siguientes MODIFICACIONES:

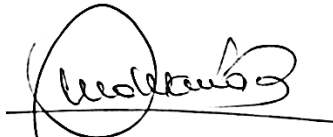
- El numeral **TERCERO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PROTECCIÓN S.A.** debe **devolver** a **COLPENSIONES** los **gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO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



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 050013105 – 019-2021-00355-01

SENTENCIA //24/06/2022

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/EpA9rlf4asRNnHJYdldM1LYB1vsYQuXdmQbGPso7rCpJpw?e=cu0ndz