



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: TERESITA VANEGAS GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO: 050013105 – 007-2019-00598-01

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 del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **TERESITA VANEGAS GIRALDO** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR**, para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **COLPENSIONES y PORVENIR** y en grado jurisdiccional de consulta a **COLPENSIONES**, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Séptimo 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 **NULIDAD Y/O INEFICACIA** de sus afiliaciones al RAIS, y se entienda que continúa válidamente afiliada al RPM; **ii)** Que se **CONDENE** a **PROTECCIÓN S.A** Y a **PORVENIR S.A** registrar como nula la afiliación de la demandante al RAIS, que se **CONDENE** a **PORVENIR S.A** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes pensionales cotizados, incluidos los rendimientos, las deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes; que se **CONDENE** a **COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en la entidad; **iii)** Condena mediante facultades Ultra y Extra petita, al igual que las costas del proceso a cargo de las demandadas.

¹ 01PrimeraInstancia / 01 2019-598 TERESITA VANEGAS GIRALDO Pág. 3 - 49

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** Teresita Vanegas Giraldo nació el 06 de enero de 1958, se afilió inicialmente al ISS desde el **25 de junio de 1987**, entidad en la que cotizó 506,86 semanas, se trasladó a PROTECCIÓN S.A el **09 de octubre de 1997** sin que en asesoría se le informara sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía optar por el traslado al RAIS, tampoco se le informó de cómo afiliarse a la entidad podría afectar su mesada pensional, no se le indicó de las diferencias existentes entre ambos regímenes, solo se le hizo creer que lo que más le convenía era optar por trasladarse de régimen pensional, posteriormente en **septiembre de 2002** se trasladó a PORVENIR S.A, entidad en la que se encuentra actualmente, entidad que tampoco le explicó de las condiciones y requisitos legales a cumplir en el RAIS, tampoco se le indicó de las diferencias existentes entre ambos regímenes y el impacto en su mesada pensional, dándole a entender que le era conveniente permanecer en el RAIS; **ii)** Solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación en el régimen por ser nula o ineficaz su afiliación al RAIS, pero la entidad negó tal solicitud el 29 de agosto de 2019, en petición similar solicitó a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A se declarara ineficaz o nula su afiliación al RAIS, PORVENIR S.A negó la solicitud el 29 de octubre de 2018; **iv)** PROTECCIÓN el 16 de noviembre de 2018 mediante respuesta a derecho de petición negó la solicitud de entregar copia de la hoja de vida y copia de asistencia a capacitaciones del asesor que inventivo el traslado de régimen pensional.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR²

Se **opuso a la prosperidad de las pretensiones**, señalando: **i)** La demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la ineficacia y/o nulidad de la afiliación, ni el vicio en el consentimiento o falta de formalidades en la suscripción del documento de afiliación que invalide así el acto jurídico por medio del cual se dio el traslado, se tiene que la misma se consolidó con la aceptación de permanencia y las cotizaciones realizadas al mismo, y solo por un tema de diferencia en la mesada pensional aduce haber sido engañada, para la época del traslado la información fue clara y la expectativa pensional se fue desarrollando; **ii)** No hay lugar al traslado de los aportes efectuados al RAIS ni a que se reactive su afiliación en el RPM toda vez que la afiliación es válida y se dio en cumplimiento de la normatividad para la época. Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.

2.2. PROTECCIÓN³

Se **opuso a la prosperidad de las pretensiones**: **i)** No hay lugar a que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado a PROTECCIÓN S.A, pues se trata de un acto

² 01PrimerInstancia / 01 2019-598 TERESITA VANEGAS GIRALDO Pág. 375 - 398

³ 01PrimerInstancia / 01 2019-598 TERESITA VANEGAS GIRALDO Pág. 291 - 337

existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como prueba de ello se tiene el formulario de vinculación que suscribió la demandante solemnizándose de esta forma su afiliación, acto del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada; **ii)** El traslado se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Protección y un acto valido y existente, por el contrario no puede predicarse que la demandante fue engañada por un cumplirse sus expectativas económicas; **iii)** La forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993 como en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, Además, se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003; **iv)** Al no existir vicio del consentimiento en la afiliación a Protección que conlleve a la nulidad, ni ninguna causal de ineficacia no hay una causal legal que faculte el traslado a Colpensiones del monto del capital que reposa en su cuenta de ahorro individual.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, 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 LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.3. COLPENSIONES⁴

En la contestación, la administradora del Régimen de Prima Media se opuso ante la prosperidad de las pretensiones, indicando: **i)** Se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación, al igual que a reactivar la afiliación y a recibir dineros pues tal petición carece de fundamentación fáctica y legal pues al interior del proceso no se encuentra probado que efectivamente hubo falta de información y/o engaño del asesor de PORVENIR S.A o PROTECCIÓN S.A. para lograr el cambio de régimen de la demandante, además Colpensiones no incumplió con 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 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal e; **ii)** Con el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual se demuestra que no hubo constreñimiento alguno al momento de trasladarse de régimen por lo que la decisión de la actora fue libre y espontánea desfigurándose así un posible vicio en el

⁴ 02 2019-00598 CONTESTACION COLPENSIONES Pág. 1 - 24

consentimiento; **iii)** Se opuso a ser condenada mediante facultades Ultra y Extra petita como al pago de las costas procesales.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL, INVERSIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA, ERRÓNEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, AUSENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL DEMANDANTE SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LOS FALLOS DE INEFICACIAS DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **27 de julio de 2021**⁶ la **JUEZ SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARÓ** la INEFICACIA del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la señora TERESITA VANEGAS GIRALDO identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.865.307 y el posterior traslado entre AFP, de la AFP PROTECCIÓN S.A a la AFP PORVENIR. **ii) DECLARÓ** que la señora TERESITA VANEGAS GIRALDO, se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES desde el día 25 de junio de 1987 sin solución de continuidad. **iii) CONDENÓ** a la AFP PORVENIR. a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, con destino a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Se exceptuaron de dicha devolución las sumas de las cuotas de administración y las que hubiesen sido destinadas al pago de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte. **iv) ABSOLVIÓ** a la AFP PROTECCION de la devolución las de las cuotas de administración y las que hubiese sido destinado al pago de seguros previsionales. **v) CONDENÓ** a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante TERESITA VANEGAS GIRALDO y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. **vi)** Las excepciones propuestas por las demandadas se declararon no probadas, salvo las excepciones de Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración propuestas por PROTECCION, mismas que se declararon probadas

⁵ 01PrimerInstancia / 18 2019-00598 Acta audiencia art 77 y 80 CPTSS OF1

⁶ 01PrimerInstancia / 17 VIDEO AUDIENCIA ART 77 Y 80 CPTSS PARTE 2

respecto forma oficiosa respecto de PORVENIR y la de BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS propuesta por COLPENSIONES. **vii) CONDENÓ** en costas a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y en igual sentido se condena a PROTECCION S.A

4. RECURSOS

4.1 RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A

La entidad presenta inconformidad parcial respecto de **la condena de devolver el fondo de garantía mínima**, indicando que son gastos y cubrimientos que realiza la AFP por mandamiento de la ley, no es algo caprichoso que hace, en el entendido en que además de las cuotas de administración como bien lo puso de presente la juez de instancia hubo un uso adecuado de estos recursos.

4.2 RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

La apoderada de la entidad manifiesta su inconformidad respecto los valores a trasladar, y para ello argumenta lo siguiente: **i)** No se ordenó la devolución del seguro previsional y la cuota de administración ni la indexación de dichas sumas, línea actuante del Tribunal Superior de Medellín acogiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: SL 2308 rad. 81630 del 7 de julio y SL 2932 rad. 71679 del 12 de agosto de 2020; **ii)** Destaca que se declaró la ineficacia jurídica del traslado de régimen, lo que tiene como consecuencia imponer la sanción de retrotraer todo lo actuado como si nunca hubiera existido en la vida jurídica.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁷, **COLPENSIONES** intervino solicitando se modifique la sentencia con el fin de que se ordene la devolución de la totalidad de las cotizaciones realizadas por la demandante sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes, y rendimientos, traslade el valor de todos los gastos de administración y cuotas de seguro previsional debidamente indexada al régimen de prima media, en los términos de las sentencias SL 81989 del 2008, SL 2877 del 29 de julio de 2020 y el artículo 48 de la Constitución Política.

PORVENIR, entidad que **solo interpuso recurso de apelación** respecto a la orden de devolver las sumas descontadas para financiar la garantía de pensión mínima, reiteró que estos tienen por mandato legal una destinación específica, y en este caso dichos descuentos han cumplido su cometido u no se encuentran en el patrimonio de la AFP. Ordenar devolver estos descuentos constituye un enriquecimiento sin justa causa. Y ya en su intervención en esta oportunidad **cuestiona la declaratoria de traslado de régimen**

⁷ Artículo 15 Decreto 806 de 2020

con los siguientes planteamientos que resultan claramente extemporáneos; porque la alegación en esta instancia no constituye en manera alguna un remedio a la omisión en la carga procesal de recurrir la sentencia: **a)** La actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual. **b)** La accionante manifiesta que su motivo para realizar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma como este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño. **c)** Al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, se cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, lo que la llevó a suscribir el Formulario de Afiliación, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además la entidad ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos. **d)** La obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. **e)** La totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

A su turno la apoderada de la parte DEMANDANTE señaló: **i)** Es procedente la declaratoria de INEFICACIA del traslado de la demandante pues en términos de la sentencia SL 1452 de 2019 de la Corte Suprema de justicia el derecho a la información y a ser debidamente asesorado por parte de las administradoras de pensiones es un derecho en cabeza de todos los afiliados del sistema de seguridad social, y el mismo no se puede predicar únicamente para aquellos que contarán con una expectativa legítima de derecho o un beneficio de transición, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información que recaen en los fondos privados de pensiones se

encuentran en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; **ii)** El deber o derecho de información le incumbe ser demostrado por las Administradoras de Pensiones, por lo que la carga de la prueba debe aplicarse conforme la línea jurisprudencial emanada por la Corte Suprema de Justicia, el artículo 167 del CGP y el 1604 del Código Civil, que establece que es la AFP la responsable de probar que cumplió con suma diligencia el deber de información. Deber que las AFP no lograron probar a lo largo del proceso.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A** y del 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 esta 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) TERESITA VANEGAS GIRALDO** nació el **6 de enero de 1958** por lo que en este momento cuenta con **64 años**⁸; **ii)** Se afilió inicialmente al I.S.S. desde el 25 de junio de 1987 cotizando hasta el 31 de octubre de 1997⁹; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por **PROTECCIÓN S.A.** – suscribiendo formulario de afiliación el **09 de octubre de 1997**¹⁰, trabajaba en CONINSA S.A como DIRECTORA DE OBRA. Posteriormente, se trasladó a **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A** – con solicitud de afiliación del **01 de septiembre de 2002**¹¹ donde se encuentra activa en la actualidad tal como se afirma por esta AFP en la contestación.

Las demandadas han 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 el actor, 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 **TERESITA VANEGAS 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**.

⁸ 01PrimerInstancia / 01 2019-598 TERESITA VANEGAS GIRALDO Pág. 51 y 53 - Cumplió los 64 años el 6 de enero de 2022

⁹ 01PrimerInstancia / 01 2019-598 TERESITA VANEGAS GIRALDO Pág. 53 / 02 2019-00598 CONTESTACION COLPENSIONES Pág. 55

¹⁰ 01PrimerInstancia / 01 2019-598 TERESITA VANEGAS GIRALDO Pág. 67 y 351

¹¹ 01PrimerInstancia / 01 2019-598 TERESITA VANEGAS GIRALDO Pág. 69, 361 y 403

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; **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 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, 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, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **TERESITA VANEGAS GIRALDO**, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que

resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN** por las razones de esta providencia.

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado la demandante a otra AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. Recientemente la Corte Suprema en su Sala Laboral indicó en sentencia **CSJ SL 3349 de 2021**, que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales, **o entre administradoras**, sin que tal evento signifique que la **AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información** a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. Y reiteró:

el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Es decir, las administradoras siempre tendrán el deber de brindar información completa y veraz a los afiliados en cada vinculación, sin que pueda exonerarse de ella argumentando que el afiliado ya conocía previamente el régimen al que se vincula; Y sin que las sucesivas vinculaciones convaliden aquella que se hizo con vicios y dieron lugar a la declaratoria de ineficacia.

Y tampoco se comparte el análisis referido **al monto de la pensión de vejez en cada régimen**. Sobre el particular, 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 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 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., y PORVENIR S.A.** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que la actora estuvo afiliada. 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 veces 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**); viii) 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.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión la DEMANDANTE alcanzó los **64 años, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora VANEGAS GIRALDO**. Al tratarse de una eventualidad no acreditada en el proceso, se adicionará la sentencia, porque el valor del bono pensional corresponde al emisor, es decir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en consecuencia, PORVENIR deberá adelantar los

trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono y devolverá a esta entidad las sumas que por este concepto hubiere recibido, debidamente indexadas. Decisión que se encuentra ajustada a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2º hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia sólo se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, decisión que no fue cuestionada de manera concreta. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por PORVENIR S.A. se causan a su cargo. Agencias en derecho, 1 s.m.l.v.

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 Séptimo Laboral del Circuito de Medellín con las siguientes MODIFICACIONES:

- Los numerales **TERCERO** y **CUARTO**, porque se CONDENA a **PROTECCIÓN S. A.** y **PORVENIR S.A.** a **devolver 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, **en proporción a tiempo de permanencia en cada una.** 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.

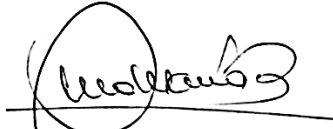
En caso de haberse redimido el bono pensional de la demandante, se **ORDENA** a **PORVENIR S.A** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

- Se modifica el numeral **SEXTO** porque no se declara probada la excepción de Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración propuesta por PROTECCION, y se **revoca** la decisión de declararlas probadas de forma oficiosa respecto de PORVENIR

SEGUNDO: Costas a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho, 1 s.m.l.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 – 007-2019-00598-01

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/EpuNOpsPx2xllKmQxu3cmEoBm03LUTzNBuyZMRv-daByXg?e=TASYEC