



## 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: CONSUELO VARGAS PUENTES  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO  
RADICADO: 050013105- 012 2019 00697 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 **CONSUELO VARGAS PUENTES** en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A** para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de **PROTECCIÓN y COLPENSIONES**, en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Segundo 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 de 42** discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

#### 1. LA DEMANDA<sup>1</sup>

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: i) Que se **DECLARE** la **INEFICACIA del TRASLADO y/o AFILIACION** del Régimen de Prima Media Con prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual Administrada por el Fondo de Pensiones PROTECCION S.A. ii) **ORDENAR** tanto a COLPENSIONES como a la AFP PROTECCION S.A., que realicen los tramites a que haya lugar para activar la afiliación de la demandante en Colpensiones. iii) **ORDENAR** a la AFP protección S.A, que realice la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos y que asuma los valores frente a la cotización y de las cuotas administrativas descontadas; iv) **CONDENAR** en costas y agencias en derecho a las demandas.

---

<sup>1</sup> Archivo 01ExpedienteDigitalizado Pág. 7-15/ PDF 01ExpedienteDigitalizado Respuesta Colpensiones  
Pág. 256- 264

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** CONSUELO VARGAS nació el 1 de enero de 1962 hoy cuenta con 57 años. **ii)** Estuvo afiliada en el I.S.S hoy Colpensiones a partir del mes de marzo de 1998 hasta agosto de 1998. Cuando estaba laborando en la Universidad Javeriana, un asesor del fondo de pensiones de PROTECCION S.A., le explicó las bondades del régimen de ahorro individual con solidaridad, pero le indicaron que sería igual o mejor que la que se obtendría en el seguro social de la época y nunca le advirtió el asesor de PROTECCION S.A. que la pensión podía ser inferior al del régimen de prima media con prestación definida, es decir, no le explicó la diferencia entre un régimen y el otro; por consiguiente los asesores nunca le explicaron que era el detracto. **iii)** Al momento de pensionarse la administradora de fondo de pensiones nunca le informó que la modalidad que escogería era PROTECCION S.A., o una ASEGURADO. Por lo tanto, si se le fuera explicado las desventajas y los riesgos nunca fuera aceptado el traslado de régimen. La demandante solicita a la administradora de fondo de pensiones que le efectúe un cuadro comparativo de la diferencia de pensión que recibiría en COLPENSIONES Y EN PROTECCION S.A. **iv)** COLPENSIONES le niega a autorizar el traslado y/o afiliación del accionante al régimen de prima media, con el argumento que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

## 2. CONTESTACIONES

### 2.1. PROTECCIÓN<sup>2</sup>

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteado, en síntesis: **i)** Que declare la NULIDAD y/o la afiliación del traslado de la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. y en especial al traslado de todos y cada uno de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos rendimientos sin descuentos de cuotas de administración y demás conceptos aquí pedidos. **ii)** Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo 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. Así mismo el monto de la pensión en el RAIS el legislador la ligo a situaciones económica o financieras y cambios normativos como los que ocurrió en la resolución 1555 de 2010 y en la de 3099 de 2015 del ministerio de Hacienda y Crédito Público. Pues no es posible decir que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga INEFICAZ y/o NULA la afiliación, pues dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80 y 81. **iii)** Señala que se opone trasladar a la demandante, su afiliación no puede ser desvirtuada por afirmaciones indeterminadas como las de la afiliada, dado que, por su propia iniciativa decidió afiliarse, además se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la ley 797 de 2003. **iv)** Que se

<sup>2</sup> Archivo PDF 09M.24-11-2021RespuestaProtección Pág. 121-127

condene a trasladar o devolver a COLPENSIONES el monto del capital que reposa en su cuenta de ahorro individual, al pago de indexación de las condenas y frente a la condena en costas y agencias en derecho en lo que respecta a protección S.A., por lo tanto, se solicita que se condene en costas a la demandante por no tener ningún asidero sus pretensiones.

Propuso excepciones de mérito: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCION MUTUA A FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISION DE ADMINISTRACION CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA.

## 2.2. COLPENSIONES<sup>3</sup>

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por carecer estas de fundamento legal y fáctica, solicita que sea condenado en costas a la parte actora puesto que, COLPENSIONES no incumplió con ninguna obligación legal, la afiliación se realizó de debida forma, siguiendo lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modifico el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Por consiguiente, se opone a que se ordene a COLPENSIONES a recibir esos aportes, dado que con los mismos no se reconoce ninguna indemnización a su representada. La demandante se trasladó de régimen de ahorro individual transcurriendo con ello más de 20 años contados a partir de la afiliación a protección S.A sin que se realizara acción alguna a decretar la nulidad que hoy se alega y por ello se puede dar aplicación a la prescripción establecida en el artículo 1750 del C.C es decir de la acción rescisoria. Por último, se oponen a la condena en costas y pago de agencias en derecho.

Propuso como excepciones de fondo las que denomino: INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, DEVOLUCION DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCION INNOMINADA, COMPENSAIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

## 3. SENTENCIA<sup>4</sup>

En la audiencia del **29 de noviembre de 2021** la **JUEZ DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones<sup>5</sup>: **i) DECLARÓ** La INEFICACIA de la afiliación de la señora CONSUELO VARGAS FUENTES identificada con C.C. 51.645.905. al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marco de la afiliación adelantada por la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación

<sup>3</sup> Archivo PDF. 01ExpedienteDigitalizado Respuesta Colpensiones Pág. 256- 264

<sup>4</sup> Archivo 09 Acta audiencia - Audio

<sup>5</sup> 15Grabacionineficacias-20211108\_083110-Grabación de la reunión

definida dirigido por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. **ii) CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A, representada legalmente por el Doctor Juan David Correa Solorzano o por quien haga sus veces, a trasladar con destino a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la señora CONSUELO VARGAS FUENTES incluyendo para el efecto, las cotizaciones con su respectivo rendimiento financiero, el porcentaje descontado por garantía de pensión mínima, las cuotas de administración y lo demás emolumentos descontados en vigencia de la afiliación como si hubiese permanecido en el régimen de prima media con prestaciones definida. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la SEÑORA CONSUELO VARGAS FUENTES al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores, integrarlos en el fondo común que administra para que ese equivalente en semanas se refleje en su historia laboral. **iv) DECLARÓ** infundadas las excepciones de prescripción y compensación y **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A

#### 4. RECURSOS DE APELACIÓN

##### 4.1. PROTECCIÓN

Interpuso recurso de apelación de manera parcial respecto a la devolución de las cuotas de administración y las primas del seguro provisional: **i)** Señala que la cuota de administración y la prima del seguro provisional son descuentos autorizados en la ley 100 de 1993 en su artículo 20 modificado por el artículo séptimo de la ley 797 del 2003. **ii)** Expresa que, al ordenar a PROTECCIÓN devolver la cuenta de ahorro individual con lo demás, se constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez. Y se le están trasladando los rendimientos fruto de la buena gestión realizada por PROTECCIÓN, por lo que tiene derecho a conservar la comisión como restitución mutua a su favor. **iii)** Añade, que el decreto 2555 de 2010 dispone que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que debe darse aplicación al del 17 de enero del 2020 en el que se invoca el Decreto 3995 del 2008. **iv)** Frente a la **prima del seguro provisional**, esta fue girada a una aseguradora para en caso de existir un siniestro de sobreviviente o de invalidez la compañía pagara una suma adicional para financiar las pensiones, por lo que PROTECCIÓN está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES. **v)** De conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral se han afectado por prescripción estos conceptos.

##### 4.2. COLPENSIONES

Solicita se adicione la condena porque las sumas que se han ordenado devolver deben ser indexadas de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de acuerdo con sentencias como las SL3202 del 2021, SL 3706 del 2021, SL3607 del 2021, SL 3708 del 2021, SL 3949 del 2021. Expresa que todo esto con el

fin de que el valor de las cotizaciones no pueda resultar inferior aquellas que en su momento se debieron efectuar a la administradora que representa y en caso de existir diferencias sea el fondo de pensiones codemandado el que asuma el valor correspondiente con su propio patrimonio en razón de las equivalencias.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia<sup>6</sup> **COLPENSIONES** intervino de manera oportuna, y su apoderada solicita: Dentro del presente proceso, la señora CONSUELO VARGAS PUENTES se trasladó al RAIS a la AFP PROTECCION, a través de formulario de vinculación de manera, libre, espontánea y sin presiones tal y como lo hace constar la misma accionante al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación y como lo expresa dentro del interrogatorio de parte, para la fecha del traslado, el deber de información que tenían las administradoras de pensiones se encontraba en marcado en bajo los parámetros establecidos en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual en el numeral 1.º del artículo 97, se estableció 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, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio, claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

A su turno, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** intervino para solicitar la CONFIRMACIÓN de la sentencia, en los siguientes términos: **i)** Recabó en la importancia del momento de la libre escogencia del régimen pensional, el cual tiene como presupuesto esencial, el conocimiento absoluto que debe tener el asegurado de cara a las características, riegos, ventajas, desventajas que acarrea un cambio de régimen, y es por ello, que los fondos tienen una obligación de otorgar una asesoría clara, veraz, oportuna y suficiente, tal como lo ha venido reiterando la jurisprudencia, dicha asesoría debe ser de tal talante que incluso se deba desanimar al potencial afiliado de su traslado en caso de no ser conveniente. **ii)** La obligación que le asiste a los fondos de pensiones de otorgar este tipo de asesorías se tiene desde su creación, tal y como ha sido advertido y desarrollado por medio de la línea Jurisprudencial por más de 11 años, desde que el año 2008 con la SL 31989 del 9 septiembre hasta las más recientes sentencias como lo son SL 1452 del 3 de abril de 2019, SL 1688 del 8 de mayo de 2019, SL 3464 de 2019 del 14 de agosto de 2019 por medio de las cuales se ilustra las consecuencias de la ineficacia, lo cual se aborda igualmente en la sentencia SL 4360 del 9 de octubre de 2019, y la SL 2877 del 2020 del 29 de julio de 2020, SL 1217 de 2021, 1465 del 2021.

<sup>6</sup> Artículo 15 Decreto 806 de 2020

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por **PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES** 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) **CONSUELO VARGAS PUENTES** nació el **1 de enero de 1962** por lo que en este momento cuenta con **60 años**<sup>7</sup>; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el 22 de marzo de 1988 y cotizó 184,00 semanas hasta el 30 de septiembre de 1998<sup>8</sup>; 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 agosto de 1998** y en ese momento laboraba en la UNIVERSIDAD JAVERIANA como docente de planta<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Archivo PDF 01ExpedienteDigitalizado Pág. 16

<sup>8</sup> Archivo PDF 02ExpedienteAdministrativo Pág. 1 Historia Laboral COLPENSIONES

<sup>9</sup> Archivo PDF 01ExpedienteDigitalizado- Respuesta Protección Pág. 36 – **Página 167**

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 **CONSUELO VARGAS PUENTES**, 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**.

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)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **PROTECCION** respecto a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia** que en manera alguna tiene carácter vinculante<sup>10</sup> y en el que se invoca el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación<sup>11</sup>, situación que no corresponde a la aquí ventilada.

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

<sup>10</sup> “**ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

<sup>11</sup> **Decreto 3395 de 2008 ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

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 **60 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 VARGAS PUENTES**. 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 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 esta AFP serán a su cargo y a favor de la demandante. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.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 Doce Laboral del Circuito de Medellín, pero con las siguientes MODIFICACIONES:

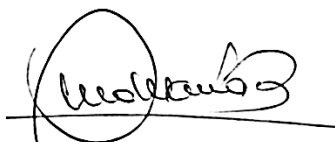
El numeral **SEGUNDO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PROTECCIÓN S.A.** debe **devolver** a **COLPENSIONES** los **gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO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

En caso de haberse redimido el bono pensional de la demandante, se **ORDENA** a **PROTECCIÓN 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.

**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: 050013105-012 2019 00697 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/E mVWsyw2EU5KhGdndRh8iulBxT0PJpQ2s5Z\\_wX\\_SPBsJBw?e=TochgD](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/E mVWsyw2EU5KhGdndRh8iulBxT0PJpQ2s5Z_wX_SPBsJBw?e=TochgD)