



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiocho (28) de julio dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: JACQUELINE VERA CASTAÑEDA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO: 050013105 – 015-2021-00047-01
ACTA N°: 48

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 **JACQUELINE VERA CASTAÑEDA** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** y en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Quince 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 48** 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** de su traslado al RAIS, y como consecuencia, se **CONDENE** a **PORVENIR S.A** a devolver a **COLPENSIONES** sus cotizaciones con sus correspondientes rendimientos que se hubiesen dado en el periodo en que estuvo afiliada; **ii)** Que se **ORDENE** a **COLPENSIONES** admitirla como afiliada y cotizante al RPM y a recibir sus cotizaciones con sus correspondientes rendimientos; **iii)** Costas y gastos del proceso.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** **JACQUELINE VERA CASTAÑEDA** nació el 02 de mayo de 1962 por lo que a la fecha en que se instauró la demanda contaba con 58 años. **ii)** Se afilió inicialmente al I.S.S., el **16 de septiembre de 1994** se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, posteriormente, el **30 de agosto de 2001** se trasladó

¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01. Demanda 2021-00047. Págs. 6-10

a PORVENIR S.A. **iii)** Para el traslado de fondos, un funcionario de PROTECCIÓN S.A. no le dio toda la información necesaria, se limitó a decir que el traslado era necesario porque el I.S.S. se iba a acabar, que ella se quedaría sin pensión y le informó que a través del fondo privado se podría pensionar a cualquier edad y con una pensión mejor. El funcionario no le explico que la pensión anticipada es casi imposible, tampoco le dio información de lo que perdía con el traslado y nunca se le puso en conocimiento la diferencia en el valor de la mesada pensional entre el RAIS y COLPENSIONES. **iv)** El día 23 de septiembre de 2020 solicitó a COLPENSIONES ser trasladada de régimen, solicitud que fue negada el mismo día, aduciéndoles que le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

En la contestación, la administradora del Régimen de Prima Media **se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda**, indicando: **i)** La afiliación y el traslado se realizó en correcta forma, tal cual como lo indica el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. **ii)** El artículo 1630 de Código Civil establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, bajo ese principio, a la DEMANDANTE le queda imposible solicitar la afiliación a COLPENSIONES, dado que ya expiraron todos los plazos posibles establecidos en la legislación colombiana. **iii)** La afiliación de la DEMANDANTE al RAIS es válida por cuanto no hay ningún vicio en el consentimiento, fue a través de un acto libre y voluntario. **iv)** A la parte DEMANDANTE le faltan menos de 10 años para pensionarse. **v)** No se puede alegar el desconocimiento de la ley o afirmar que no era su intención trasladarse al RAIS a sabiendas que estuvo cotizando a la AFP.

Propuso como excepciones: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO A LA AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS Y LA GENÉRICA.

2.2. PORVENIR S.A.³

² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 07. Contestacion COLPENSIONES y correo 26 03 2021. Págs. 2-27

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 08. Contestacion PORVENIR y correo 27 07 2021. Págs. 2-28

La entidad **se opuso a la prosperidad de las pretensiones**, señalando: **i)** Ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS vinculándose a PORVENIR, HORIZONTE y nuevamente PORVENIR, en el año 2001, 2002 y 2005 respectivamente, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales. **ii)** De acuerdo con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, por ende, no procede la condena de devolución de los gastos de administración, adicionalmente no forman parte de la pensión de vejez por ello están sujetos a prescripción. **iii)** Al condenar a la devolución de estas sumas a COLPENSIONES, se configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de esta, pues no existe norma que disponga tal devolución. **iv)** La Superintendencia Financiera de Colombia ha indicado que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y los rendimientos.

Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.3. PROTECCIÓN S.A.⁴

Se **opuso a cada una de las pretensiones**, argumentando: **i)** Se encuentra frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que se realizó en forma libre, voluntaria y espontanea, libre de presión y engaños, en los términos del artículo 11 de del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. **ii)** No es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS haga ineficaz y/o nula la afiliación, la parte actora no puede pretender la declaratoria de ineficacia y/o nulidad soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA 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, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO E INNOMINADA O GENÉRICA.

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 09. Contestacion PROTECCION y correo 28 07 2021. Págs. 3-21

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **07 de octubre de 2021**⁶ la **JUEZ QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora JACQUELINE VERA CASTAÑEDA identificada con C.C. 51.640.975 de Bogotá, del RPM al RAIS en las AFP PROTECCION S.A. representada por Juan David Correa Solórzano o quien haga las veces, y a PORVENIR S.A. representada por Miguel Largacha Martínez o quien haga las veces. **ii) CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la señora JACQUELINE VERA CASTAÑEDA, **sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración.** **iii) CONDENÓ** a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero indicadas en el numeral segundo y a activar la afiliación de doña JACQUELINE VERA CASTAÑEDA en el RPM de forma permanente y sin solución de continuidad. **iv) ABSOLVIÓ** a PROTECCION S.A. y a PORVENIR S.A. de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración que fueron descontados durante el tiempo que tuvieron afiliada a la señora JACQUELINE VERA CASTAÑEDA. **v) DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción, quedando las demás formuladas por las codemandadas implícitamente resueltas con lo expuesto. **CONDENÓ** en **COSTAS** a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

4. RECURSOS⁷

4.1 RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

La apoderada de la entidad manifiesta su inconformidad **respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional**, y para ello argumenta lo siguiente: **i)** Quien generó el traslado inicial fue la AFP hoy PROTECCIÓN S.A. **ii)** PORVENIR S.A. es un tercero de buena fe y lo único que hizo fue brindarle a la DEMANDANTE toda la información y características del RAIS y del RPM. **iii)** En los formularios de afiliación la DEMANDANTE manifestó que conocía las implicaciones de su decisión y otros aspectos, por tanto, al formulario de afiliación debe dársele todo el valor probatorio. **iv)** Existen tres formularios de afiliación donde la DEMANDANTE reitera su decisión, traslados horizontales que permiten inferir la voluntad de estar en el RAIS. **v)** Aunque la Corte ha manifestado que el formulario carece de elementos de juicio para entender la información entregada, no manifiesta cuales son los documentos que se les exigen a las administradoras para demostrar que la DEMANDANTE esta y estuvo válidamente al RAIS **vi)** La DEMANDANTE se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, norma declarada exequible en la sentencia C-1024. **v)** No es dable que la

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 11. ACTA de Audiencia 2021-47

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 13. Audiencia art 77 y 80 CPT

⁷ Si bien en la audiencia pública la apoderada de PROTECCION interpuso recurso, en la misma diligencia desistió de él.

demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resulta acorde a sus aspiraciones.

4.2 RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

La apoderada de la administradora del RPM **solicita sea revocada la sentencia** pues COLPENSIONES actuó siempre de buena fe y estuvo conforme a derecho teniendo en cuenta que la norma misma le prohibía recibir el traslado de la DEMANDANTE debido a que se encontraba ya incurso en la prohibición de los 10 últimos años anteriores al cumplimiento de la edad para la pensión. La apoderada manifiesta su inconformidad **respecto a los valores a trasladar**, añadiendo que en una eventual ineficacia debería haberse también ordenado la devolución de los gastos de administración invocando sentencia de la Corte Suprema de Justicia con Radicado 46292 de 2017, la SL1688 de 2019 y SL4964 de 2008. Solicita así que, en caso de ordenarse la ineficacia, se ordene la devolución de todos los dineros incluidos gastos de administración y de seguro previsional a COLPENSIONES.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, únicamente **COLPENSIONES** intervino de manera oportuna, y su apoderada solicita **se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaración de ineficacia del traslado de JACQUELINE VERA CASTAÑEDA e igualmente sea exonerada del pago de costas en el presente proceso**, para ello se basa en los mismos argumentos esgrimidos en la interposición del recurso de apelación y añade: **i)** En los eventos de traslado de régimen, la jurisprudencia invierte la carga de la prueba y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, recayendo la carga probatoria en los fondos de pensiones. Exigencia probatoria que no puede ser acreditada, pues los fondos cuentan únicamente con los formularios de afiliación. **ii)** El análisis de la información suministrada por las AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, no es razonable imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. **iii)** Se deja de un lado el precedente constitucional al valerse de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional. **iv)** De conformidad con la aclaración de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz dentro del radicado 68852 de la Corte Suprema de Justicia, existen deberes mínimos en cabeza

⁸ Numeral 1 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020

de los afiliados, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado. **v)** La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 17595 de 2017, señaló que existe un deber de entregar información a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. Es decir que, entre más experto el afiliado menos asimetría con la información del mercado. Así las cosas, existen diferencias entre los afiliados al sistema de pensiones y no todos pueden ser considerados como inexpertos o incapaces de tomar una decisión acertada. **vi)** El artículo 48 de la Constitución Política estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, como derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público. En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** 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) JACQUELINE VERA CASTAÑEDA** nació el **02 de mayo de 1962** por lo que en este momento cuenta con **60 años**⁹; **ii)** Se afilió inicialmente al I.S.S. donde cotizó 185.86 semanas desde el 27 de agosto de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1994¹⁰; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por **DAVIVIR** - hoy **PROTECCIÓN S.A.** – con solicitud de afiliación del **16 de septiembre de 1994**¹¹ – trabajaba en la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR REGIONAL META como JEFE DEL DEPARTAMENTO DE RECREACIÓN Y TURISMO. Posteriormente, se trasladó a **PORVENIR S.A** – con solicitud de afiliación del **30 de agosto de 2001**¹² –. Unos meses después, se trasladó a **HORIZONTE** con solicitud de afiliación del **27 de marzo de 2002**¹³ –. Nuevamente, se trasladó a **PORVENIR S.A.** – con solicitud de afiliación del **30 de septiembre de 2005**¹⁴ –, en ese entonces trabajaba para el mismo empleador, pero en esta ocasión como JEFE DE DIVISIÓN COMERCIAL.

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.**

⁹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01. Demanda 2021-00047. Pág. 152

¹⁰ Carpeta 01PrimerInstancia / Carpeta 07. 2 CC-51640975 / Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1940-20210309084106

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 09. Contestacion PROTECCION y correo 28 07 2021. Pág. 29

¹² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 08. Contestacion PORVENIR y correo 27 07 2021. Pág. 77

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 08. Contestacion PORVENIR y correo 27 07 2021. Pág. 78

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 08. Contestacion PORVENIR y correo 27 07 2021. Pág. 79

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 **JACQUELINE VERA CASTAÑEDA**, 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 Régimen de Prima Media (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, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **JACQUELINE VERA CASTAÑEDA**, 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 SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**).vi) Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PROTECCIÓN S. A., 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 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**); **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 VERA CASTAÑEDA**. 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 S.A. 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.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 Quince Laboral del Circuito de Medellín pero MODIFICANDO los numerales **SEGUNDO** y **CUARTO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PORVENIR S.A.** debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros**.

Y dentro del mismo término, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** deberán **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

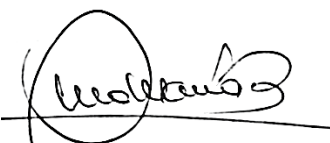
momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

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.

SEGUNDO: Costas a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho, 1 S.M.L.M.V.

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

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 050013105 – 015-2021-00047-01

SENTENCIA del //28/07/2022

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/EqaTA_5gXPhBuBlgXiCj7xkB1j3k5746SB1jiXRpbt8nXQ?e=353FG6