



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JUAN CARLOS SIERRA RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROVENIR S.A.
RADICADO: 050013105 – 010-2020-00109-01
ACTA N°: 54

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 **JUAN CARLOS SIERRA RODRIGUEZ** en contra de **COLPENSIONES y PROVENIR S.A** para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Décimo 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 54** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: i) Que se **DECLARE** la **INEFICACIA** de su traslado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS que administra PORVENIR S.A., disponiendo su regreso automático a COLPENSIONES; ii) Se **ORDENE** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante. iii) Se **ORDENE** a COLPENSIONES a recibir dichos aportes y autorice el regreso del actor al RPM, sin solución de continuidad en dicha afiliación. iv) Se **CONDENE** en costas a las demandadas.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El demandante trabajó con DISTRISA LTDA. Desde abril de 1989 y se afilió al I.S.S. hasta diciembre de 2005, con un total de 504,86 semanas cotizadas en el RPM. **ii)** En diciembre de 2005 el actor trabajaba en AGRICOLA SERRAZUELA S.A., quien le manifestó que ese nuevo Régimen Pensional era su mejor opción dado que el I.S.S. iba a desaparecer y corría el riesgo de

¹ Archivo PDF 01. DEMANDA 2020-109 Pág. 1-19.

que se perdieran sus aportes, además con el nuevo régimen se podría pensionar con una menor edad y con un valor mayor de pensión. Dado lo anterior, el demandante accedió a vincularse a PORVENIR S.A., fondo en el que se encuentra hasta hoy. **iii)** Años después, recibe información de que el RPM no era beneficioso para él, así fue como le solicitó un derecho de petición a PORVENIR S.A. el 18 de septiembre de 2018 una proyección pensional en el RAIS y en el RPM, esta entidad en su respuesta solo incluye la proyección en el RAIS. **iv)** El fondo privado no le dio respuesta clara, completa y oportuna a su solicitud de proyección pensional, el demandante descubrió que al hacer el comparativo entre ambos regímenes, el RPM contemplaba un escenario más favorable para su pensión con respecto al RAIS. **v)** El actor intentó regresar al RPM presentando formulario el 24 de febrero de 2020, obteniendo una respuesta negativa por parte de COLPENSIONES. **vi)** Cuando el señor JUAN CARLOS SIERRA estaba próximo a cumplir 52 años de edad, PORVENIR no le brindó reasesoría de ninguna clase sobre la conveniencia de trasladarse de fono pensional. **vii)** PORVENIR nunca presentó información completa de los efectos de trasladarse al RAIS, ni brindó información detallada en cuanto a la pensión voluntaria, capital ahorrado, bono pensional, movimientos del mercado, etc., El actor siempre entendió que con su aporte normal como empleado obtendría una mejor mesada y a más temprana edad. **viii)** La reclamación administrada frente a COLPENSIONES se encuentra debidamente agotada.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se **opuso categóricamente a las prestaciones formuladas en la demanda**, en los siguientes términos: **i)** Por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, solicitó sea condenado en costas a la parte actora ya que COLPENSIONES no incumplió ninguna obligación legal, por cuanto la afiliación se realizó de forma debida según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la Ley 1000 de 1993 en su literal e. Adicional a ello, dentro del proceso obra el formulario de afiliación al RAIS con el cual se demuestra que no hubo constreñimiento alguno al momento de trasladarse de régimen por lo que decisión fue libre y espontánea desfigurándose así un posible vicio en el consentimiento. **ii)** La orden de condenar a la entidad a recibir todos los dineros producto de la eventual devolución de la demanda al RPM se encuentra dentro de la limitante que trata el artículo 13 de Ley 100 de 1993. **iii)** La entidad es un simple tercero al que se le extiende los efectos jurídicos de la sentencia sin ser parte de la Litis por pasiva del presente proceso, por lo tanto, no hay lugar a la condena en costas y agencias en derecho.

Propuso como excepciones las que denominó: 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 DAMDNATE

² Archivo PDF 08. CONTESTACIÓN COLPENSIONES

SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LOS FALLOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, LA INOPONIBILIDAD DE LAS RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTES COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICIACIA 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. SENTENCIA³

En la audiencia del **06 de junio de 2022** el **JUEZ DECIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS efectuado en enero del 2006 por JUAN CARLOS SIERRA RODRIGUEZ y en consecuencia declarar que ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES. **ii) CONDENÓ** a PORVENIR S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales si los hubiere. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, debidamente **indexados** a la fecha de entrega al RPM. Al momento de cumplirse la 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. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante, esto es, como semanas válidamente cotizadas las que deben tenerse en cuenta en el futuro reconocimiento de las prestaciones de este sistema pensional.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. COLPENSIONES⁴

En el recurso se pronunció sobre dos temas: **i)** En relación la **declaratoria de ineficacia del traslado** señaló: **a)** Para la fecha en la que el demandante solicitó devolverse al RPM, este ya se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad de pensión, de acuerdo a la prohibición de traslado de régimen que establece el artículo 13 de Ley 100 del 1993 modificado por el artículo 2 de Ley 797 de 2003 cuando faltaren diez años o menos para cumplir con la edad de pensión. **b)** Se está desconociendo por parte del juzgado de instancia el argumento esbozado por los fondos al señalar que no existió ningún vicio del consentimiento, pues acá lo que ocurre es un error de derecho que no produce nulidad alguna y que no puede generar en ningún momento la ineficacia de

³ Archivo 15. 05001310501020190052700_L050013105010CSJVirtual_01_20220606_083000_V 06_06_2022 05_12 PM UTC minuto 02:56:48 – Grabación de la Reunión

⁴ Archivo 15. 05001310501020190052700_L050013105010CSJVirtual_01_20220606_083000_V 06_06_2022 05_12 PM UTC minuto 03:07:31 – Grabación de la Reunión

un traslado. **c)** La Corte Constitucional en la Sentencia C 1024 de 2004 y la SU 062 de 2010 ha señalado que nadie puede resultar beneficiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, pues de esta manera se tendría que el RPM se descapitalizaría y pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, asunto que también esboza la Sentencia T 489 de 2010. **d)** Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional desconocería también a su vez los preceptos constitucionales del acto Legislativo 1 del 2005 en lo que concierne al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues este hecho genera una descapitalización infundada de la entidad, obligando a COLPENSIONES a soportar una carga financiera considerable y una obligación legal cuando no se ha incurrido en alguna falta para que tenga que llevarse a cabo dicha gestión. **e)** No es aceptable que el demandante alegue su propia culpa por encontrar esa diferencia en lo que sería su mesada pensional y señale haber sido engañado, cuando es sabido que se trataba de dos regímenes independientes que no son excluyentes entre sí, pero que cuentan con un funcionamiento y características diferentes. **ii)** En cuanto a las **sumas a devolver** señaló: De ser confirmada la decisión adoptada en primera instancia por el parte del Tribunal Superior de Medellín, es importante que se tenga en cuenta los valores a trasladar, los cuales deber realizarse en los términos generados por el juez de primera instancia, así como también se deberán indexar al momento de retornar a COLPENSIONES. **iii)** Finalmente se pronunció sobre la **condena en costas** solicitando mantener la absolución.

4.2. PORVENIR S.A.⁵

Presentó recurso de apelación de manera total contra la sentencia proferida en primera instancia, en el recurso cuestiona tres aspectos: **i)** En relación con la **declaratoria de ineficacia del traslado** señala: **a)** Al momento de realizar el traslado de la parte accionante, PORVENIR cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 de Decreto 663 de 1993, ya que los requisitos de información que aduce el despacho que debían darse en el momento de la afiliación del demandante corresponden a disposiciones del Decreto 2241 de 2010 que para el momento en el que estos realizaron su traslado no se encontraba vigente. **b)** Pese a que PORVENIR no entregó prueba alguna en relación con el proceso porque se dio por no contestada la demanda, en el interrogatorio de parte brindado por la apoderada de COLPENSIONES, se logró identificar por la confesión del demandante que este efectivamente había recibido una asesoría en su oficina de PORVENIR. Lo cual denota que la afiliación se hizo con asesorías en las cuales se entregó toda la información que en ese momento requería la ley, sumado a que se le explicó a la parte actora las condiciones del régimen y obviamente desde el punto de vista de la oferta del servicio en lo que podía serles favorecedor trasladarse para el RAIS, lo cual es una circunstancia que no necesariamente es un engaño o es una omisión de información. **c)** El deber de

⁵ Archivo 15. 05001310501020190052700_L050013105010CSJVirtual_01_20220606_083000_V 06_06_2022 05_12 PM UTC minuto 03:13:04– Grabación de la Reunión

desincentivo o el de la doble asesoría fueron circunstancias que se desarrollaron también jurisprudencialmente en los últimos años, analizándolo desde el punto de vista de la afiliación del demandante para esa época no existía esa obligación para las administradoras de fondos de pensiones. **d)** El demandante se trasladó de manera consciente, voluntaria y espontánea motivado por las características propias del RAIS y que el hecho de ofrecer una mejor prestación pensional no es una circunstancia que refiera necesariamente a que se les esté garantizando una pensión mayor a COLPENSIONES. A diferencia del RPM, el RAIS se capitaliza con los aportes propios del demandante y es en razón de esto los que efectivamente se realizan las pensiones, por lo cual no se puede tener la expectativa de que el RAIS liquide pensiones en relación a un régimen pensional que no le corresponde, pues no es cierto que se afirme que porque el demandante se va a pensionar con mejor prestación pensional en el RPM significa que en términos de la prestación del servicio sea mejor el RPM, es diferente. **e)** Para la época en la que el demandante se trasladó al RAIS no existía la obligación de emitir una proyección pensional, teniendo en cuenta que todos estos datos se basarían en circunstancias presuntas, hipotéticas y del futuro. El demandante también pudo en su momento pretender el retorno al RPM si consideraban que las características de este régimen eran más favorecedoras, pero tampoco lo hizo. **f)** Finalmente, argumentando el hecho de que el demandante confesó que realmente la pretensión que tiene para retornar al RPM es la diferencia de la expectativa económica entre uno y otro régimen pensional, solicitó que sea reconsiderada la condena impuesta por el juez de instancia teniendo en cuenta que el demandante no acreditó realmente la pretensión, o sea no hubo congruencia entre lo que pretende y en lo que manifestó en el interrogatorio de parte. **ii) Sobre las sumas a devolver:** **a)** Solicitó al tribunal modificar lo correspondiente a la devolución de los gastos de administración y seguros provisionales en tanto estos no corresponden a la cuenta de ahorros del demandante, pues estos se hicieron en el cumplimiento de lo establecido en la Ley 100 de 1993, y estos sirvieron para generar unos rendimientos financieros que de retornar al RPM lo que estarían haciendo es generar un enriquecimiento sin causa. **b)** En cuanto a los seguros provisionales, los riesgos de estos ya fueron efectivamente cubiertos por PORVENIR, por lo que ordenar la devolución de estos seguros provisionales al RPM generaría un perjuicio esta entidad teniendo en cuenta que, tendría que devolver estos valores de su propio patrimonio. **iii)** Solicita sea revocada la **condena en costas y agencias en derecho** en contra de PORVENIR S.A.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, **PORVENIR** intervino de forma extemporánea⁶.

⁶ Archivo PDF 09AutoReconocePersonería

El DEMANDANTE⁷ solicita se **confirme la decisión de primera instancia** en lo relativo a la **declaratoria de la ineficacia del traslado** del demandante, al igual que al regreso de este a Colpensiones sin solución de continuidad. Solicitó se sirva de condenar en costas a las apelantes, porque la sentencia proferida por el A quo está sustentada en la amplia y reiterada línea jurisprudencial, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la violación al deber de información por parte del fondo privado demandado, a las subreglas fijadas que se aplican íntegramente al caso debatido, ya que no obra en el expediente prueba de ninguna clase de la que se pueda predicar que al demandante, al momento del traslado del fondo público al fondo privado, este le hubiera suministrado la información clara, completa, precisa, oportuna, comprensible, verificable, el buen consejo, que pudiera generar el consentimiento informado necesario para que hubiera tomado la decisión de hacer ese traslado.

COLPENSIONES⁸ presentó alegatos de conclusión cuestionando aspectos probatorios y del debido proceso, de la siguiente manera: **i)** De acuerdo como se encuentran formulados los hechos de la demanda corresponden a negaciones definidas por lo que no se altera la carga de la prueba, ni se desplaza a la orilla del demandado, puesto que quien pretende valerse de negaciones indefinidas, debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad. Era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones. Como las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, se imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC. **ii)** Considera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer como regla general cuál debe ser el contenido mínimo de la información, según la época en que se haya producido el traslado entre regímenes pensionales, se arroga una función que no le es correspondiente, porque es al legislador a quien le compete establecer el estándar de prueba. Aduce que “la Corte petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, lo que prácticamente hace que por vía jurisprudencial se determine en forma previa el peso probatorio del documento” y que la aplicación en forma irrestricta de las reglas generales que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para los casos en los que se deprecia ineficacia de traslado de régimen pensional, genera un desequilibrio procesal, que tiene como resultado un grave impacto en el ejercicio del derecho de defensa, pues deja sin opciones probatorias a la parte pasiva, lo que se traduce en transgresión al debido proceso. **iii)** Invoca el artículo 13 de la Ley 100 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la sentencia

⁷ Archivo PDF 04AlegatosDemandante

⁸ Archivo PDF 06AlegatosColpensiones

C - 1024 de 2004, C-789 de 2002, SU- 062 de 2010 y SU – 130 de 2013, para señalar que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Invoca la aplicación del Salvamento de voto en la sentencia SL3537-2021 Radicación n.º 88432. **iv)** Finalmente señala que, en el evento en se opte por acceder a las pretensiones de la demanda, se ordene que la AFP realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A. y 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) **JUAN CARLOS SIERRA RODRIGUEZ** nació el **13 de diciembre de 1959** por lo que en este momento cuenta con **62 años**⁹; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el 24 de abril de 1996 y cotizó 504,86 semanas hasta el 31 de diciembre de 2005¹⁰; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por PORVENIR S.A., en **enero del 2006** a través del empleador AGRICOLA SERRAZUELA S.A.¹¹.

El demandado 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 **JUAN CARLOS SIERRA RODRIGUEZ**, éste 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 el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 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 60 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como el

⁹ Archivo PDF 01. DEMANDA 2020-109 Pág. 52

¹⁰ Archivo PDF 01. DEMANDA 2020-109 Pág. 24-25

¹¹ Archivo PDF 01. DEMANDA 2020-109 Pág. 36

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

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

Debe destacarse que la ADMINISTRADORA DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCIÓN de PRESCRIPCIÓN, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**) **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de

las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se CONFIRMARÁ 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 el DEMANDANTE alcanzó los **62 años, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual del señor SIERRA RODRÍGUEZ**. 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, **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar los recursos de apelación serán a su cargo de PORVENIR y COLPENSIONES a favor del demandante. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v. para cada una

8. LA DECISIÓN

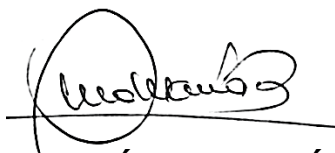
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, pero adicionando el numeral SEGUNDO, porque en caso de haberse redimido el bono pensional del 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 en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de la providencia. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v. para cada una

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 – 010-2020-00109-01

SENTENCIA del //19/08/2022

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/EkwWwOpMUcdNpZcbG0sUXzwB68YvcQ-ld9Fqgry7bREU4w?e=WyEw6U](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkwWwOpMUcdNpZcbG0sUXzwB68YvcQ-ld9Fqgry7bREU4w?e=WyEw6U)