



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE:	MARIA ROQUEZA AVEDAÑO RESTREPO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO:	050013105 – 001-2020-00153-01
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 del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MARIA ROQUEZA AVEDAÑO RESTREPO** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**, para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR** y en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Primero 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

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Que se **DECLARE** la ineficacia de la afiliación que realizó la señora MARÍA ROQUEZA AVEDAÑO RESTREPO al RAIS a través de COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN S.A. Y se **DECLARE** válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación RPM – Colpensiones- **ii)** Que se **DECLARE** que PORVENIR y PROTECCIÓN están obligadas a devolver todos los aportes y sus correspondientes rendimientos financieros y cuotas de administración realizados a COLPENSIONES con el fin de que hagan parte de los recursos administrados por dicha entidad y se condene a su traslado así como a COLPENSIONES a recibirlos y hacer la respetiva corrección y actualización de la historia laboral

¹01PrimeralInstancia → Archivo 002Demanda_compressed Pág. 1 – 16 / PDF

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora MARIA ROQUEZA AVEDAÑO RESTREPO nació el 28 de septiembre de 1959 y a la fecha de la demanda cuenta con 60 años de edad. Inició la cotización al RPM en el año 1996. **ii)** Fue visitada por una asesora de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. que no le explicó las ventajas ni desventajas de ambos regímenes, ni tampoco le suministró información consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para presionarse. No le manifestó que con su traslado perdería la posibilidad de pensionarse en COLPENSIONES a los 57 años de edad y con la posibilidad de obtener una tasa de reemplazo hasta del 8% del promedio de los salarios con los cuales había cotizado en los últimos 10 años o en toda la vida laboral si este fuera más favorable. **iii)** Se trasladó al ING hoy PROTECCIÓN, posteriormente regresó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, luego se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A, después se pasó a BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A donde se encuentra afiliada en este momento. **iv)** Elevó derecho de petición PORVENIR S.A Y COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR²

Se **opuso a la prosperidad de las pretensiones**, señalando que: **i)** El traslado de régimen se efectuó con la AFP COLMENA S.A en el año 1996. Posteriormente reitera su voluntad de permanecer en el RAIS y se vincula con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A en el año 2004, 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)** Por otro lado, no procede la condena de devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ella están sujetos a la prescripción. Además, resultan la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2000. Las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que procesa la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, COMPENSACION, EXCEPCION GENERICA.

2.2. PROTECCIÓN³

² 13 contestación porvenir/ 02 contestación. Pdf Pag 1-28

³ 15 contestación protección / 02 contestación pdf. Pag 1-26

Se **opuso a la prosperidad de las pretensiones**, expresando lo siguiente: **i)** Nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento, que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación; acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y protección S.A, por virtud de la cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. **ii)** Fundamenta que la afiliación se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión por lo que no puede regresar a dicho régimen. **iii)** Dice que PROTECCIÓN trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. la totalidad de los dineros recaudados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, motivo por el cual, no reposan en las bases de datos de mi representada dineros que se adeuden a otras entidades o la misma demandante. No obstante, no hay lugar a que se condene a Protección a devolver sumas con todos sus frutos e intereses, pues Protección, no es poseedor de los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro individual que administra o administró en algún momento.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCION, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PUBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCION MUTUA EN 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 LA PRIMA DEL SEGURO PROVINCIAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, TRASLADOS DE APORTES, TRASLADO Y MOVILIDAD DENTRO DEL RAIS A TRAVES DE DIFERENTES AFP'S CONVALIDA LA VOLUNTAD DE ESTAR AFILIADO A DICHO REGIMEN, TRASLADOS ENTRE AFP'S COMO ACTOS DE RELACIONAMIENTO EN TERMINOS DE LA SENTENCIA SL4934-2020, INNOMINADA O GENERICA.

2.3. COLPENSIONES⁴

En la contestación, la administradora del Régimen de Prima Media, indica que la accionante realizó válidamente su traslado al RAIS, estando en la prohibición de regresarse por faltarle menos de diez años para el cumplimiento de la edad mínima. Y que esa entidad es un tercero ajeno a la relación jurídico sustancial y nunca ha tenido la competencia para decidir sobre el asunto.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA DECRETAR LA INEFICACIA O LA NULIDAD DEL TRASLADO DE REGIMEN, PRESCRIPCION, COMPENSACION INDEXADA, BUENA FE DE COLPENSIONES.

⁴ 11 contestación Colpensiones / 02 contestación. Pdf Pag 1-8

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **30 de junio de 2020⁶** la **JUEZ PRIMERA LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que solicitara la accionante MARÍA ROQUEZA AVEDAÑO RESTREPO con CC 21.713.937 el día 6 de septiembre de 1996 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. con NIT 800.138.188-1 y representada legalmente por Juan David Correa Solórzano, quedando consecuentemente sin efecto el traslado entre administradoras de fondos de pensiones del mismo régimen surtido a BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. con NIT 800.144.331- 3 y representada legalmente por Miguel Largacha Martínez. **ii) ORDENAR** a COLPENSIONES tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo recibo del correspondiente saldo de la cuenta. **iii) ORDENAR** a PORVENIR S.A. trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, incluidos los efectuados por COLMENA, las cuotas de administración, y seguros previsionales, estos tres conceptos debidamente **indexados**. **iv) ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los porcentajes descontados a la demandante durante su vinculación a COLMENA para cuotas de administración y seguros previsionales. **v) DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **CONDENAR** en costas a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante. **ABSTENERSE** de condenar en costas a COLPENSIONES

4. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S. A⁷

El recurso de apelación se concreta a cuestionar la decisión de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN planteando, en síntesis: **i) En cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional:** **a)** Las condiciones de acceso a las prestaciones, los requisitos y características de ambos regímenes pensionales se encuentran expresamente plasmadas en la Ley 100 y la parte demandante no puede alegar que las desconocía (artículo 9 del Código Civil). **ii) En cuanto a las comisiones o gastos de administración:** **a)** Se trata de un concepto autorizado a descontar como consecuencia de la labor administrativa que se ejerció en la cuenta de ahorro individual y que se materializó generando rendimientos financieros incluso por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que devolver esas sumas constituye un enriquecimiento sin causa. **b)** No se comparte la decisión de devolver los conceptos indexados, porque los rendimientos financieros superan en creces precisamente la eventual indexación, y se está generando que COLPENSIONES

⁵ 23 acta audiencia completa. Pdf

⁶ 23 acta audiencia completa pdf / video 2

⁷ 23 acta audiencia completa pdf / video 2

reciba mayor valor por unos recursos que en ningún momento administró. **c)** En la ley 100 de 1993 no hay ninguna disposición que imponga a las administradoras devolver conceptos adicionales cuando pasa un traslado de régimen pensional, porque el artículo 20 de la ley 100 de 1993 se encargó de regular este tema.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, **PORVENIR S.A** intervino insistiendo en la solicitud de revocar la sentencia, así: **i) En cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional:** **a)** Aduce que esta decisión no encuentra fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, porque no se acreditan los presupuestos previstos en los artículos 1741, 1508, 1513, 1515, 1517 ni 1524 del CC, ni del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, o el artículo 899 Código del Comercio, destacando que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT. **b)** **PORVENIR S.A** siempre le garantizó el derecho de retracto, la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, y la entidad cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba. Y es un hecho objetivamente demostrable que, durante el tiempo de vinculación, la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado, conducta que bajo la línea que ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia, debe considerarse como “**la verificación de la voluntad del afiliado**” (Rad. 47236 del 06 de abril de 2016). **c)** Invoca la sentencia C-1024 de 2004 y salvamento de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del 2022. **ii) Sobre las sumas a devolver:** **a)** Invoca el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del CC para señalar que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Se soporta en concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020. **b)** Los gastos de administración y primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, se descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

COLPENSIONES solicitó tener en cuenta al momento de tomar la decisión de fondo los siguientes argumentos: **i) Invoca** el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificadorio entre otros, del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones artículo 4 **ii)** Expresa que, si el

⁸ Numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022

despacho considera que la sentencia debe ser condenatoria, se debe trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado (Sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019) ordenando el traslado de las cuotas de administración indexadas. **iii)** Y señala que se debe revocar la sentencia en cuanto a que no está condenando al fondo privado a devolver las cuotas de administración, que son aportes parafiscales con destinación específica que le están haciendo falta al sistema, el no hacerlo, constituiría un enriquecimiento sin causa pues no existiría objeto y causa lícita.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A** y del grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.*

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir** *«libre y voluntariamente»* aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió

emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora

de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) MARIA ROQUEZA AVENDAÑO RESTREPO** nació el **28 de septiembre de 1959** por lo que en este momento cuenta con **62 años**⁹; **ii)** Se afilió inicialmente al I.S.S. desde el 11 de septiembre de 1985¹⁰; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por **COLMENA** hoy **PROTECCION S.A.** – suscribiendo formulario de afiliación el **6 DE SEPTIEMBRE DE 1996**¹¹, trabajaba como SECRETARIA, para la entidad VICARIATO APOSTOLICO. Posteriormente, se trasladó a **BBVA HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**¹², con fecha de suscripción de formulario del **26 de julio de 2004** laborando como SECRETARIA en COORDINACIÓN DE EDUCACION CONTRADADA.

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **MARIA ROQUEZA AVENDAÑO RESTREPO**, 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**.

⁹ 01 demanda/ 02Demanda.pdf Pag 26

¹⁰ 13 contestación porvenir/ 02 contestación. Pdf Pag93

¹¹ 01 demanda/ 02 demanda. Pdf Pag 31

¹² 01 demanda/ 02/ demanda. Pdf Pag 30

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. **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 **MARIA ROQUEZA AVENDAÑO RESTREPO**, 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 sé 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 las ADMINISTRADORAS 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 PENSIONES DE ANTIOQUIA**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a la entidad administradora del régimen de prima media donde se encontraba el afiliado la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya

lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SL2209-2021 y SL2207-2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PROTECCIÓN S. A. Y PORVENIR S.A.** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que la actora estuvo afiliada. **vii)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **PORVENIR** 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 vinculante¹³ y en el que se invoca el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multiafiliación¹⁴, situación que no corresponde a la aquí ventilada. **viii)** 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,

¹³ “**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.”

¹⁴ **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

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 **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 de la señora AVENDAÑO RESTREPO**. 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 se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A, Y PROTECCIÓN S.A, decisión que no fue cuestionada de manera concreta. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por PORVENIR S.A. se causan a su cargo. Agencias en derecho, 1 s.m.l.v.

8. LA DECISIÓN

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

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín con las siguientes MODIFICACIONES:

El numeral TERCERO se adiciona porque en caso de haberse redimido el bono pensional de la demandante, se **ORDENA** a **PORVENIR** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto

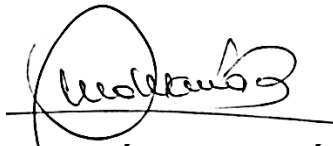
hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

El numeral **CUARTO** porque **PROTECCIÓN S. A. debe 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 de la actora durante su vinculación a Colmena

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho 1 s.m.l.v.

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

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 050013105 – 001-2020-00153-01

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/ErN_O2HIYO9Kk2o5epdPH3gB_P0glF2sc7nHicuLHuO-yw?e=f2srEZ