



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO: 050013105 – 003-2019-00713-01
ACTA N°: 58

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 **OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA** en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A** para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Tercero 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 58** 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 y/o NULIDAD** de su traslado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS que administra PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia se entienda sin solución de continuidad su afiliación al RPM. Además de ordenarse que las cosas vuelvan a su estado anterior antes de la ineficaz afiliación. ii) Se **CONDENE** a PROTECCIÓN S.A. a autorizar al señor OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA la devolución y traslado del RPM administrado por COLPENSIONES y devolviendo los aportes cotizados por el actor al fondo privado junto con sus rendimientos financieros debidamente indexados. iii) Se **CONDENE** a COLPENSIONES aceptar como su afiliado al señor OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA sin solución de continuidad y permanencia en dicho fondo. iv) Se **CONDENE** a COLPENSIONES a realizar el proceso de validación de esas cotizaciones devueltas por PROTECCIÓN S.A. y en su momento proceda con la concesión de la pensión de vejez. v) Se **CONDENE** a las demandadas a lo que ultra y extra petita se logre

¹ Archivo PDF 02ExpedienteParte1 2020-109 Pág. 1-8.

probar en ese proceso. vi) Se **CONDENE** a las demandadas al reconocimiento y pago de los gastos y costas de este proceso.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El señor OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA nació el 20 de febrero de 1959, a la fecha de presentación de la demanda tenía más de 60 años de edad. El 01 de septiembre de 1984 se afilió al I.S.S. hasta el 1 de abril de 1993. **ii)** Se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el mes de julio de 1994, esto lo hizo toda vez que el producto le fue ofrecido como la mejor opción para acceder a la pensión de vejez. Al momento de efectuar la afiliación PROTECCIÓN no lo asesoró de la forma debida no le informó sobre las consecuencias de su traslado, omitiendo la obligación del buen consejo. **iii)** Según el demandante, el asesor del fondo le informó que el I.S.S. se iba a acabar y que estaba en riesgo su pensión, configurándose de esta forma vicio en el consentimiento en el acto de su afiliación a RAIS. Le informaron que podría pensionarse a cualquier edad, omitiendo que dependería del que capital que tuviera en su cuenta de ahorro individual. También que podía obtener una pensión de vejez más ventajosa, más rápido, con una mesada más alta, sin efectuarle protecciones aritméticas, ni un comparativo de modalidades pensionales. Al comparar la proyección de su mesada pensional, el demandante encuentra que el valor de la mesada en el RPM supera el valor de la misma en el RAIS. **iv)** El 21 de marzo de 2019 se hace derecho de petición a la AFP solicitando copia del formulario de afiliación, historia laboral, documentos de la asesoría de traslado y reasesoría, y a la fecha de elaboración de la demanda se ha recibido respuesta este. **v)** El señor RESTREPO MEJÍA solicitó a COLPENSIONES que le fuera aceptada la devolución del RAIS al RPM, solicitud que fue respondida en la fecha 03 de marzo de 2019 rechazándola porque se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se **opuso a todas a las pretensiones formuladas en contra de esta entidad**, en los siguientes términos: **i)** COLPENSIONES no está llamada a responder por las solicitudes realizadas en el asunto, ya que la misma solo actúa como administradora estatal del RPM incluyendo la administración de los beneficios económicos y tal como ha venido adoptando un comportamiento acorde a los postulados normativos en lo que tiene que ver con las formas y términos en los cuales los afiliados pueden efectuar el traslado de régimen pensional cuando lo considere necesario. **ii)** No se puede acceder a lo solicitado por el demandante ante COLPENSIONES por cuanto no se cumplen los presupuestos normativos para efectuar de forma favorable a sus intereses el traslado del RAIS al RPM. **iii)** La solicitud de traslado se dio a menos de diez años para el cumplimiento de la edad de pensión por lo cual no se cumplen los presupuestos legales para acceder a la petición, según lo establece el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993. Por lo anterior, el traslado efectuado al RAIS

² Archivo PDF 04ExpedienteParte3 Pág. 2-9

tiene plena validez y la afirmación de vicios de consentimiento y la omisión de información deberán probarse en el desarrollo del trámite judicial. **iv)** Una eventual afiliación del demandante al RPM y el traslado de los aportes a este régimen depende de la decisión favorable que previamente tenga el demandante por parte de un juez de la república, respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS. **v)** Nadie puede alegar su propia culpa, consistente en que una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a parte de su conducta reprochable. Para la Corte nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme a derecho.

Propuso como excepciones las que denominó: FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE, DESCUENTO DEL RETROACTIVO POR SALUD, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA.

3. SENTENCIA³

En la audiencia del **01 de junio de 2022** el **JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i)** DECLARÓ que la AFP PROTECCIÓN S.A. faltó a su obligación de diligencia debida de buen consejo, al no dar información amplia, veraz, clara y oportuna a ÓSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA cuando este se trasladó del Seguro Social hacia PROTECCIÓN S.A. en 1994 y al no dar (inaudible) en la afiliación de ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA a PROTECCIÓN S.A., pues al no mostrarle a este las circunstancias que le hacían más favorable permanecer en el Régimen de Ahorro Individual antes que en el Régimen de Prima Media. **ii)** DECLARÓ que la AFP PROTECCIÓN causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir, disminución o limitación, a la Seguridad Social en pensiones al demandante ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA. DECLARÓ la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PROTECCIÓN S.A. en el menoscabo de la Seguridad Social en pensiones del demandante ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA. DECLARÓ la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del Régimen de Prima Media con prestación definida, acaecido en ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA cuando se trasladó del Seguro Social a PROTECCIÓN S.A. en 1994 y en su lugar declarar que este, ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA, sigue inmerso en el Régimen de Prima Media con prestación definida, pero a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. **iii)** **ABSOLVIÓ** de todas las pretensiones a COLPENSIONES, sin perjuicio de las órdenes que dio a continuación: **ORDENÓ** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha que lo solicite por escrito el señor ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA conozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media con prestación definida. En la carta en la cual ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA solicite la pensión de vejez a PROTECCIÓN S.A. debe incluir certificado de retiro laboral. **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. AFP que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de

³ Link de la audiencia contenido en el archivo 14ActaOralidadCompleta0320190713DD minuto 02:02:39 – Grabación de la Reunión

vejez bajo el Régimen de Prima Media con prestación definida al demandante ÓSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA, solicite por escrito a COLPENSIONES el cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Aquí mismo se le ORDENA a COLPENSIONES que dentro de los dos meses siguientes a la fecha que lo solicite por escrito PROTECCIÓN S.A., elabore dicho cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional y dentro ese mismo lapso de dos meses, COLPENSIONES deberá presentar a PROTECCIÓN S.A. por escrito el valor del cálculo actuarial pensional, a su vez PROTECCIÓN S.A. dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional en manos de COLPENSIONES, procederá al pago real y efectivo de este a dicha entidad. **ORDENÓ** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo Régimen de Prima Media con prestación definida al demandante. COLPENSIONES subrogará en tal obligación a PROTECCIÓN S.A. desde el momento y hora en que dicha entidad, PROTECCIÓN S.A., pague el cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. **AUTORIZÓ** a PROTECCIÓN S.A. a enjugar parte de la suma del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES, tomando para sí, para PROTECCIÓN S.A., los ahorros pensionales del demandante, sus rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este. **iv) NO PROSPERAN** las excepciones propuestas por la AFP PROTECCIÓN S.A. tal como fue indicado en la parte motiva de esta sentencia. **SÍ PROSPERA** la excepción de intrasmisibilidad de la responsabilidad de la AFP PROTECCIÓN S.A. hacia COLPENSIONES, sin perjuicio de las órdenes que aquí se le ordenan en esta parte resolutive. **v) COSTAS** procesales a cargo de PROTECCIÓN S.A.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. PROTECCIÓN S.A.⁴

Solicitó la revocatoria de la condena a pagar pensión al demandante bajo la figura de subrogación como si fuera Colpensiones, con los siguientes argumentos: **i)** Dentro del presente proceso no obra prueba ni siquiera sumaria de un daño, de un juramento estimatorio, o de algún nexo causal con un daño y una actuación ocasionada al demandante por parte Protección. No obra juramento estimatorio para probar perjuicio alguno dentro del presente proceso y no es la jurisdicción para fijar los perjuicios a los cuales se está condenando. Se trata de una condena ilegal e inconstitucional, porque está dejando de lado y desconociendo que existen dos regímenes dentro del ordenamiento jurídico colombiano desde 1993 con normatividad completamente diferente. **ii)** Se probó que el demandante recibió reasesoría pensional informándole a tiempo cuándo debía retornar a Colpensiones, por lo que obra prueba del buen actuar de Protección informándole al demandante por medio de proyecciones pensionales que no le convenía continuar afiliado a protección. Adicional a ello, si el demandante

⁴ Link de la audiencia contenido en el archivo 14ActaOralidadCompleta0320190713DD minuto 02:07:30 – Grabación de la Reunión

se afilió a Protección S.A. en 1994 opera la prescripción para establecer un perjuicio en contra de la AFP.

4.2. COLPENSIONES⁵

Interpuso recurso de apelación en aras de las siguientes situaciones: **i)** Respecto al **cálculo actuarial con miras a la subrogación: a)** Aunque el juez de instancia dice que no hay incongruencia con respecto a sentencia, lo pedido por el demandante y lo que se decide son dos cosas completamente diferentes. **b)** Con respecto a los numerales siete, ocho y nueve de la sentencia sobre cálculos actuariales en mira a la subrogación pensional, argumenta que el RPM y el RAIS son completamente diferentes y Colpensiones no cuenta con la documentación para realizarlos, la historia laboral del demandante cambia día a día, resaltando que las cotizaciones se hacen en Protección. **ii)** Frente a la **ineficacia del traslado** no es posible declararla porque el único motivo que tiene hoy el demandante es el valor de la mesada pensional y lo que se dejó evidenciado es que el demandante fue trasladado por la coacción de la empresa. **iii)** En caso de que se considere aun así decretar una ineffectividad del traslado, se solicita que se ordene devolver los aportes del demandante y los gastos de representación y seguros provisionales,

4.3. DEMANDANTE⁶

Se pronunció frente a la no condena en costas en contra de Colpensiones, señalando que es objetiva, de aplicación inmediata, imparcial y Colpensiones ha sido opositora en el proceso desde la contestación de la demanda. Invoca sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL1309 y sentencia 150 de agosto 31 del 2021 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, solo intervino el **DEMANDANTE** solicitando que sea **declarada la ineffectividad en la afiliación** realizada por el señor OSCAR IGNANCIO RESTREPO MEJÍA y concedidas las pretensiones de la demanda: A través del proceso la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró que al actor se le dio una información clara, precisa y completa sobre lo que implicaba el cambio de régimen pensional antes de realizar el traslado. Según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 271 y el numeral 1º del artículo 272 de la misma norma; así mismo el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (estatuto tributario), las AFP tenían la obligación del deber de información. Invoca sentencia de la Sala tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín y SL 12136- 2014 de la Corte Suprema de Justicia para señalar que, independiente de la posición tomada por el Señor Juez

⁵ Link de la audiencia contenido en el archivo 14ActaOralidadCompleta0320190713DD minuto 02:11:00 – Grabación de la Reunión

⁶ Link de la audiencia contenido en el archivo 14ActaOralidadCompleta0320190713DD minuto 02:17:00 – Grabación de la Reunión

Tercero Laboral del Circuito de Medellín, lo importante es que el señor OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJIA le sea reconocida su pensión bajo el Régimen de Prima Media con todos los beneficios que para él representa

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDANTE, PROTECCIÓN 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; así como lo relativo a las COSTAS en primera instancia respecto a COLPENSIONES.

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) **OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA** nació el **20 de febrero de 1959** por lo que en este momento cuenta con **63 años**⁷; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el 24 de abril de 1996 y cotizó

⁷ Archivo PDF 02ExpedienteParte1 Pág. 31

504,86 semanas hasta el 31 de diciembre de 2005⁸; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por PROTECCIÓN S.A., en **julio del 1994** a través del empleador INDISTRIAS HACEB S.A.⁹.

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 **OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA**, éste tenía menos de **40 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 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

⁸ Archivo PDF 01. DEMANDA 2020-109 Pág. 24-25

⁹ Archivo PDF 02ExpedienteParte1 Pág. 22

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.

Así, no comparte la Sala los planteamientos esbozados en la providencia que se revisa: En **primer lugar**, 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 a la actora antes de suscribir el formulario de traslado de régimen. La Jurisprudencia nacional ha reiterado, entre otras, en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021, que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar en juicio el cumplimiento de ese deber de información.

En segundo término, en el proceso no se efectuó confesión en contra por el señor **RESTREPO MEJÍA**, reiterando a lo largo del proceso las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Y en relación con el análisis efectuado en la providencia que se revisa, referido a la **semejanza en el monto de la pensión de vejez en cada régimen**, 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.

En consecuencia, conforme lo previsto en el **artículo 271** de la Ley 100 de 1993 y el reiterado y pacífico precedente judicial sobre la materia analizado en esta providencia, ha de **REVOCARSE** la decisión que se revisa, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN** en el caso del señor **OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA**, por lo que continúa afiliada sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida. En adición, no fue objeto de pretensión en la demanda el reconocimiento de la pensión de vejez, de manera que la decisión adoptada no solo vulnera los principios de congruencia y debido proceso, sino que supera las facultades consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo¹⁰, al ordenar el pago de la prestación a cargo de PROTECCIÓN y luego de COLPENSIONES

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.

Tras revocar la decisión, debe aclararse **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, 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

¹⁰ **ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (Artículo declarado EXEQUIBLE, excepto el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-662-98**)

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 adocinado 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.** efectuará la devolución en relación con los períodos en que 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.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión el DEMANDANTE alcanzó los **63 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, PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A. La parte demandante solicita se CONDENE también a COLPENSIONES. La decisión absolutoria será CONFIRMADA porque esta entidad no intervino en manera alguna en el acto jurídico de traslado al RAIS, y para el momento en que el demandante pretendió regresar al Régimen de Prima Media le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, de manera que la decisión negativa de la administradora del régimen de prima media estaba acorde a derecho y es solo en el marco de este proceso que se declara la ineficacia del actor jurídico de traslado y la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia**, al prosperar los recursos interpuesto por las AFP y denegarse el de la activa, no se causan costas.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, solo en relación con la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen y por las razones de esta providencia.

Se **REVOCAN** los numerales QUINTO a DÉCIMO para en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto los rendimientos financieros**. Y se le **CONDENA** a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos. 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 del demandante, se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

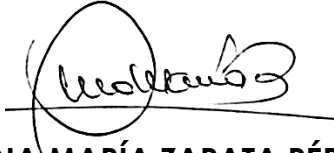
ORDENAR a COLPENSIONES activar la afiliación del señor **OSCAR IGNACIO RESTREPO MEJÍA** al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, para de ese modo reflejar en la historia laboral del demandante la totalidad de semanas cotizadas en PROTECCION.

Declarar improbadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 – 003-2019-00713-01

SENTENCIA del //26/08/2022

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/EsBs5TDC61lOlsu6_6weWjUBFzLf-u5KJetqPUSulhpD-Q?e=rxDaKj](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsBs5TDC61lOlsu6_6weWjUBFzLf-u5KJetqPUSulhpD-Q?e=rxDaKj)