

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**  
**Medellín, veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022)**

DEMANDANTE	: LUZ MERY LOPERA BUILES
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-012-2021-00377-01
RADICADO INTERNO	: 303-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA.
ACTA NÚMERO	: 330

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

Se reconoce personería a la Dra, DANIELA ECHEVERRY GARCIA, como apoderada de Colpensiones por cumplir con los requisitos del artículo 755 y ss del C.G.P según el poder de sustitución allegado al expediente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado en pensiones del régimen de prima media hoy a cargo de Colpensiones hacia el régimen de ahorro individual declarando que siempre ha estado válidamente a Colpensiones sin solución de continuidad y en consecuencia se condene a Protección S.A a devolver al régimen de prima media todos los valores que hubiera recibido con motivo de la filiación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras con todos sus frutos como

rendimientos financieros, intereses y gastos de administración, y se condene a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por Protección y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado y se condene en costas a las demandadas.

Como supuestos facticos manifestó que fue trasladado del RPMPD al RAIS el 01 de Julio de 2005, y suscribió contrato de traslado al RAIS, pese lo anterior se omitió la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado. Que el 27 de agosto de 2021 solicitó al RAIS la información de su pensión y la aceptación del posible traslado, y el 27 de agosto de 2021 solicitó a COLPENSIONES la aceptación del traslado, recibiendo respuesta del 31 de agosto del mismo año, negando la misma.

### **RESPUESTA COLPENSIONES**

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta el traslado al RAIS, la petición presentada y la respuesta brindada a la misma, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, el retorno en cualquier tiempo al rpm, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - art. 48 de la constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, prescripción, innominada, compensación, buena fe, devolución de aportes debidamente indexados, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen. (terceros de buena fe), imposibilidad de condena en costas.

### **RESPUESTA PROTECCION S.A**

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que acepta el traslado al RAIS, y la reclamación presentada pero no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Innominada o Genérica.

### **RESPUESTA PORVENIR S.A**

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que no acepta ninguno de los hechos, se opone a la totalidad de las pretensiones y propone como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 22 de septiembre de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la INEFICACIA de la afiliación de la señora LUZ MERY LOPERA BUILES, al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marco de la afiliación adelantada por PROTECCIÓN S.A. entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el RPMCD dirigida en la actualidad por COLPENSIONES. CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A, a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade a COLPENSIONES EICE, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros de la demandante, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos

valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. CONDENÓ a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, lo descontado durante el tiempo que estuvo afiliada LUZ MERY LOPERA BUILES, por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. ORDENO a COLPENSIONES EICE., a activar la afiliación de la señora LUZ MERY LOPERA BUILES, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por la AFP, se refleje en su historia laboral. DECLARÓ infundadas las excepciones de PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN. CONDENÓ EN COSTAS a la AFP PROTECCIÓN S.A., y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. No condenó en costas a Colpensiones ni a Porvenir S.A.

### **RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la anterior decisión, **la apoderada de Protección S.A** interpone recurso de apelación manifestando que si se declara la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual al régimen de prima media tendría que responder por una mesada pensional de una persona que lleva más de 20 años aportándole al régimen de ahorro individual dónde la pensión se financia de una forma diferente y beneficiándose de un subsidio que no tenía en el régimen que cotizó durante toda su vida afectando al sistema pensional y generando además más cargas fiscales y tributarias, qué no existe el derecho que se reclama en la demanda y por ende no es dable declarar la ineficacia de la afiliación y mucho menos ordenar a Colpensiones a reactivar la afiliación que nunca estaba activa y nunca ha existido. Qué cuando se trata de una afiliación inicial al sistema general de pensiones no resulta razonable declarar una ineficacia y disponer que las cosas retornan al estado natural puesto que aquí la demandante quedaría fuera de una

afiliación, fuera del sistema general de pensiones, toda vez que la misma finalidad de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado anterior y el estado anterior al haber estado afiliada a protección es no haber estado afiliada a ninguna administradora pensional, por lo que se verían afectados los derechos que le asisten a la demandante y además es pertinente determinar que la vinculación qué se hizo por parte de protección a la demandante en el año 1995 se hizo cumpliendo los requisitos que la ley establecida para dicha época en cuanto al deber de información, por cuánto es desde 1993 hasta el año 2009 que se establece que el deber de información era brindar una información clara, necesaria, transparente, y desde el año 2009 al 2014 se establece que las administradoras deben de tener una asesoría y buen consejo, y a partir del año 2014 se establece que debe cumplir con una doble asesoría precisando con ello que se cumplió con lo exigido para la época de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual.

Que sostener la decisión del juez significaría que cualquier persona puede acudir a la jurisdicción para lograr un traslado que en este caso en específico no está permitido y está limitado legalmente por la ley 797 del 2003 por lo que se está desconociendo normatividad vigente y aplicable mencionando para ello la sentencia 1806 del año 2022.

Que si la demandante lo qué pretende es el traslado porque le resulta más favorable lo debió haber hecho antes de cumplir los 47 años cómo lo establece el artículo 2° de la ley 797 del 2003. Por lo anterior solicita revocar la sentencia

**El apoderado de Porvenir S.A** interpone recurso de apelación manifestando que en el presente caso no se cumplieron los requisitos para que se declarara la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad pues la misma se trasladó de manera libre y voluntaria al régimen lo cual hizo a través de la suscripción de un formulario.

Que además realizó traslados horizontales en diversos fondos del régimen de ahorro individual, lo cual revela un interés de que quiso siempre estar afiliada en dicho régimen, qué además la demandante cuenta con estudios universitarios y que por lo tanto no se va afectar con la suscripción de actos jurídicos. Que la demandante en interrogatorio de parte manifestó que su interés no es la inconformidad de cómo se dio su vinculación, sino que su inconformidad radica en el monto de la mesada pensional que recibiría con

protección, el cual desconoce toda vez que no ha realizado una solicitud de proyección pensional. Que por lo anterior cómo lo ha manifestado la corte suprema de justicia, no puede predicarse un engaño por no cumplirse las expectativas y tampoco puede ser esto una razón para que se busque la ineficacia del traslado, puesto que la naturaleza por la cual se elige un régimen no radica en el monto al recibir una mesada pensional si no en la forma en como la afiliada va querer que se administran los recursos.

Que además la obligación de acreditar la entrega de la información no era una obligación vigente para el momento del traslado pues esta obligación solamente surgió a partir de la circular 016 del 2016 de la superintendencia financiera, por lo que no es cierto que los fondos privados se encuentren en la mejor posición probatoria.

Que las obligaciones del buen consejo y de doble asesoría son obligaciones que surgen posterior en el año 2010 y 2014, lo cual ha sido objeto de varios pronunciamientos por la corte suprema de justicia cómo es la sentencia SL 1688 del 2019, SL 1686 de 2019 y la SL 3464 del 2019. Por lo anterior solicita se estudie el principio de legalidad y retroactividad de la norma, toda vez que para el momento de la afiliación y vinculación con posteriores fondos privados dichas obligaciones no se encontraban vigentes.

Qué la condena al traslado de los gastos de administración y seguros más los rendimientos de forma indexada generaría una condena doble, toda vez que una vez se surtió el traslado de la demandante se trasladó con todos los valores que tenía en la cuenta de ahorro individual, esto es, los aportes junto con sus rendimientos, por lo que se vería afectada la demandada con una condena por indexación. Además, indica que, en caso de confirmarse la sentencia, solicita no se ordene el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales toda vez que dicho rubro no se encuentra en el patrimonio de la entidad y fueron objeto para generar rendimientos y que además cubrieron los riesgos de invalidez y muerte.

Así mismo solicita se tenga en cuenta la buena fe de la entidad para la condena en costas teniendo en cuenta que la demandada no influyó en el traslado al régimen de ahorro individual y cumplió sus obligaciones a cabalidad.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de la parte demandante**, solicita que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, esta sea adicionada en el sentido de condenar en Costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes, en la tasa máxima permitida según el acuerdo PSAA16-10554 en sus artículos 5 y 2.

**El apoderado de Porvenir** presenta alegatos de conclusión reiterando algunos de los argumentos expuestos en la apelación señala con respecto a la ineficacia del traslado que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

Que la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Que, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la

Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

El apoderado de Colpensiones indica que de acuerdo al análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Que la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la



parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, sin atender las situaciones particulares de cada caso, se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y/ COLPENSIONES y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Que por lo anterior y dado que el demandante es quien debe probar los supuestos de hechos de la demanda, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016.

Que se debe tener en cuenta además que la afiliación al RAIS se hizo de forma voluntaria, y no se probó la existencia de ningún vicio del consentimiento.

Que además la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, precisando además que tampoco es procedente el traslado por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

Solicita tener en cuenta que en el caso de autos, no se verifica únicamente la suscripción del formulario de afiliación como prueba del consentimiento informado, lo acreditan igualmente, las confesiones realizadas por la demandante en el interrogatorio de parte, en sentido que, se afilió voluntariamente al RAIS, que era consciente de estar trasladándose de régimen, que le indicaron que tendría una cuenta individual que lo depositado en ella tendría rendimientos, declaraciones que contrastadas con las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda, tendientes a indicar que su motivación para trasladarse a COLPENSIONES es encontrar un valor de su mesada pensional superior al estimado en el RAIS, pues debe concluirse, que en el caso de autos, no existe engaño ni falta de información y por ende, no puede dársele aplicación al precedente jurisprudencial consolidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con la ineficacia del traslado.

En caso de confirmarse la sentencia solicita ORDENE la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentre depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente junto con sus cuotas de administración, primas de reaseguros de Fogafín, de manera indexados; así como las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración con todos sus frutos e intereses por el tiempo que el demandante permaneció afiliado al RAIS.

### **PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO**

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 19 de mayo de 1969, (fls 05 de la demanda), y se vinculó por primera vez al RAIS a la AFP PROTECCION S.A desde el 17 de noviembre de 1995, luego se trasladó a HORIZONTES, hoy PORVENIR S.A desde el 12 de diciembre de 2000, (fls 24 de la contestación de Porvenir S.A).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se afilió a Protección S.A en el año 1995 cuando llegaron a la empresa a decir que el fondo de pensiones era el mejor, el más apropiado y que en esa época se debía pasar porque el seguro social se iba a acabar. Que la asesoría duro como media hora o una hora, la reunión fue grupal, que no le dijeron que pasaría con las semanas que tenía cotizadas en el ISS. Que no le habló sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios, que la motivó a realizar el traslado el hecho de que les dijeron que era la mejor y que el ISS se iba a acabar. Que no recuerda porque se trasladó a IGN en el año 1998,

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

## 1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

**“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las

sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**". (Resalto fuera del texto)

**"OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado." (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

*"...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;..."*

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue

realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCION S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de vincularse a dicha entidad **en el año 1995**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Ahora, en virtud de lo analizado en el plenario, se hace necesario precisar, que teniendo en cuenta que en el historial de vinculaciones del SIAFP no aparece la

demandante afiliada al Régimen de Prima Media, pues según reporte visible a folios 24 de la contestación de PORVENIR S.A, se afilió por primera vez a dicha entidad desde el 17 de noviembre de 1995, en este sentido, se debe entender, que al momento de realizarse la afiliación al Sistema General de Pensiones por medio de la sociedad PROTECCION S.A., a partir de diciembre de 1995, no se trataba de un traslado de régimen sino de una afiliación, y en esa oportunidad la AFP PROTECCION S.A., tenía la obligación de brindar una información clara, suficiente, amplia, oportuna; información que no se brindó o por lo menos no lo acreditó.

Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse que la selección del régimen pensional de manera libre y voluntaria que exige el art 13 de la Ley 100 de 1993, se encuentra efectuado con la solicitud de traslado, que la demandante elevó a Colpensiones (fls 07 de los anexos de la demanda). Lo que genera que el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás conceptos a los que haya lugar, se deben realizar a Colpensiones.

Ahora, el argumento de la demandada relacionado con la improcedencia de la ineficacia del traslado por los varios traslados realizados dentro del mismo régimen no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la información brindada se debe de analizar es para el momento de la afiliación inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por Protección S.A. en el año 1995 y no en los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral (permanente), SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló lo siguiente:

***“Por último, considera también la Sala que la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).” (Resalto de la Sala)***

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Al respecto se extrae lo siguiente:

***“6. Precedente de la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte en relación con la ineficacia del traslado y el cumplimiento del deber de información.***

*6.1. La Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte tiene fijado un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de ellas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin que puedan tomar decisiones debidamente informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020 y CSJ SL4806-2020).*

*6.1. (sic) Además, la Sala de Casación Laboral ha precisado que el análisis probatorio se dirige a determinar si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el deber de información, **sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar.***

*Desde esta perspectiva, se ha señalado insistentemente que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información (CSJ SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021).*

*En la misma línea argumentativa, ha sostenido que la actuación viciada por falta de información, en materia de traslados del régimen de prima*

*media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen, CSJ SL3199- 2021: (...)*

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

## **2. De los efectos de la ineficacia**

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

**1º. Capital ahorrado:** Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

**2º. Rendimientos:** En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

**3º. Los gastos de administración,** encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

**En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados,** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban,



entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

***En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.*** (Resalto fuera del texto)

**Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes**, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

**4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,*

*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021)."*

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

*"Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."*

Por lo anterior lo legal y pertinente será CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Protección S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A Y Protección S.A en la suma de \$1.000.000 para cada una de estas entidades por no prosperar el recurso de apelación interpuesto

**TERCERO:** Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**SECRETARÍA SALA LABORAL**  
**EDICTO VIRTUAL**

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: LUZ MERY LOPERA BUILES
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-012-2021-00377-01
RADICADO INTERNO	: 303-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA.

Magistrado Ponente  
**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**

Fijado el 22 de noviembre de 2022 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

Se desfija el 22 de noviembre de 2022 a la 5:00pm



**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO