

TEMA: DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP - Si no se cumple, el acto de afiliación es ineficaz, ya sea en el caso en el que la persona estaba afiliada a una administradora del Régimen de Prima Media y era beneficiaria del régimen de transición, o en los casos en donde eligieron el Régimen de Ahorro Individual por primera vez. / **PRUEBA DE DILIGENCIA Y CUIDADO** – Se debe probar que la información plasmada en los documentos suscritos, atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. / **INEFICACIA DEL TRASLADO** – Su consecuencia es la inexistencia de lo actuado, la cual es insubsanable por la prescripción y puede ser alegada en cualquier momento.

HECHOS: El A quo declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; condenó a Porvenir a trasladar con destino a Colpensiones, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos financieros generados, exceptuando de esa devolución, lo descontado por concepto de cuotas de administración y los dineros destinados al pago de prima de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte; y, ordenó a Colpensiones a validar la afiliación de la demandante y a recibir los recursos correspondientes a los conceptos aludidos. La Sala conoce este proceso en virtud de los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Porvenir S.A., así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, lo que impone efectuar el análisis de: 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; y del caso concreto si debe confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

TESIS: (...) 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. (...) 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. (...) 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. (...) 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 INFORMACIÓN CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia. (...) 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 (...). (...) 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. (...). (...) 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. (...) 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. (...) 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 (...) para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA (...) se ordena la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

M.P. ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

FECHA: 01/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO
DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN S.A. - AFP PORVENIR S.A. -
COLPENSIONES
RADICADO: 05001 31 05 007-2021-00462-01
ACTA N°: 12

La Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS**¹ se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**; así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Séptimo** 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 12** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA²

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se DECLARE la ineficacia y nulidad del traslado realizada por la señora LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO del RPM a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, a la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia se ordene el reintegro al régimen de prima media en COLPENSIONES. Y a COLPENSIONES a tener como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación. **ii)** Se CONDENE a la AFP PROVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes a pensión y rendimientos, así como bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración, las primas de reaseguro del FOGAFÍN, las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes,

¹ La Magistrada María Patricia Yepes García integrante de la Sala Sexta de Decisión de este Tribunal presentó impedimento para continuar actuando en este proceso con auto del 13 de julio de 2023, que fue aceptado el 16 de agosto de siguiente, oportunidad en la que se consideró procedente recomponer la Sala con el Magistrado John Jairo Acosta Pérez; decisión que se deja sin efecto de acuerdo con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico ante la nueva composición de la Sala y al no presentarse diversidad de criterio entre los otros dos integrantes de la Sala.

² 01PrimeralInstancia / Archivo 03EscritoDeDemandaYAnexos / págs.1-16 PDF

sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses. Y se CONDENE a COLPENSIONES a recibir y validar los aportes en pensiones trasladados por PORVENIR S.A e incorporarlos a la historia laboral de la demandante. **iii)** Se CONDENE en COSTAS a las AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A., y COLPENSIONES.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO, nació el 11 de abril de 1964, por lo tanto, ya se han superado los 10 años antes de cumplir la edad para su pensión de vejez. Al iniciar la vida laboral se afilió al RPM, sin embargo, posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. Luego, se trasladó dentro del mismo régimen hacía HORIZONTE S.A., siendo hoy PORVENIR S.A. **ii)** La DEMANDANTE asegura que, en ambas oportunidades de afiliación al RAIS, no obtuvo la información completa, clara y verídica de las ventajas y desventajas de pertenecer a ese fondo para elegir el fondo más conveniente según sus condiciones. Una buena asesoría le hubiese permitido evidenciar que le resultaba más beneficioso quedarse en el RPM. **iii)** Con el fin de agotar las reclamaciones, se envió derecho de petición a COLPENSIONES solicitando vinculación a ese fondo, el cual fue negado el 25 de marzo de 2021. Del mismo modo, se le solicitó la realización de proyección pensional y la ineficacia de traslado de régimen pensional, empero, este en sus respuestas negó las solicitudes, el día 26 de marzo de 2021 y el 09 de abril de 2021. **iv)** En consecuencia, la DEMANDANTE recurrió ante un profesional experto en materia pensional en aras de realizar la proyección pensional en el RPM; evidenciándose un detrimento frente al RAIS.

2. CONTESTACIONES

2.1. PROTECCION S.A.³

La entidad se opuso a las pretensiones. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL 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, TRASLADO DE APORTES, EXCEPCIÓN INNOMINADA.

2.2. COLPENSIONES.⁴

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, LA

³ 01PrimeralInstancia / Archivo 014ContestacionProteccionCorreo / págs. 3-29 PDF

⁴ 01PrimeralInstancia / Archivo 012ContestaciónCOLPENSIONESCorreo / págs. 30-52 PDF

INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN GÉNÉRICA O INNOMINADA.

2.3 PORVENIR S.A.⁵

La entidad se opuso a las pretensiones. Propuso como excepciones las que denominó: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.

3. SENTENCIA⁶

En la audiencia del **23 de mayo de 2023** la **JUEZ SÉPTIMA LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁷ **i) DECLARÓ** ineficaz el traslado efectuado por la señora LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con la AFP PROTECCIÓN S.A. realizada en enero de 2002. Al igual que el traslado efectuado en junio de 2003 con destino a la AFP HORIZONTE, siendo hoy la AFP PORVENIR S.A. **ii) DECLARÓ** que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. **iii) CONDENÓ** a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo en que la demandante ha figurado como afiliada a dicho régimen, además de los aportes al FGPM debidamente indexados. **Se exceptúa de esa devolución, lo descontado por concepto de cuotas de administración y los dineros destinados al pago de prima de seguros previsionales para los riegos de invalidez y muerte. iv) CONDENÓ** a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante y a recibir los recursos correspondientes a los conceptos aludidos que deberán ser trasladados por parte de la AFP PORVENIR S.A., e incorporar los respectivos aportes pensionales completos en la historia laboral de la demandante como si hubiera permanecido en el RPM. Al momento de cumplirse esta sentencia, los conceptos deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **v) DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las codemandadas, salvo las excepciones de BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS propuesta por COLPENSIONES y, las excepciones de INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN de devolver las cuotas de administración y prima del seguro previsional a favor de las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. **vi) CONDENÓ** a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en costas. Por tanto, se ABSTUVO de condenar en costas a COLPENSIONES.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 013ContestaciónPorvenirCorreo / págs. 2-32 PDF

⁶ 01PrimerInstancia / Archivo 021ActaAudienciaArt77Y80CPTSS PDF

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 020VideoAudiencia. Grabación de la reunión min 01:18:50 – 01:21:34

4.1. COLPENSIONES⁸

Con el recurso se pretende modificar la sentencia, solicitando adicionarla para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones realizadas por la demandante, sin descuento alguno. Así, incluir los rendimientos, gastos de administración y las primas de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, de manera indexada y con cargo a su propio patrimonio. Lo anterior en virtud de que la ineficacia del traslado da lugar a la figura de la inoponibilidad frente a terceros de buena fe, como es el caso de COLPENSIONES.

4.2. AFP PORVENIR S.A.⁹

Mediante el recurso se pretende revocar la sentencia: **i)** Cuestiona la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante, porque al momento de suscribir los formularios de afiliación, tanto en PROTECCIÓN S.A. como PORVENIR S.A., tenía pleno conocimiento -libre de vicios- del acto jurídico que estaba celebrando, así como de su permanencia en el RAIS. En consecuencia, se considera que debe revocarse la condena consistente en trasladar a COLPENSIONES los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante. **ii)** En caso de que el Tribunal confirme la sentencia, se revoque la condena a devolver los aportes destinados al FGPM de manera indexada; porque tales aportes fueron descontados por mandato legal (artículo 20 de la ley 100 de 1993). **iii)** Respecto a la indexación, señala que al trasladarse los rendimientos financieros ello implica una doble condena, porque la indexación de cierta forma compensa el detrimento que ha tenido el dinero en el tiempo, lo que constituye un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia¹⁰, la apoderada de **COLPENSIONES**¹¹ en los siguientes términos¹²: **i)** En primer lugar, señala que el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y los vicios del consentimiento deben probarse en el desarrollo del proceso judicial con todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción. Agrega que la eventual afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende de la decisión favorable e invoca el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

⁸ 01PrimeralInstancia / Archivo 020VideoAudiencia. Grabación de la reunión min 01:23:30 – 01:27:10

⁹ 01PrimeralInstancia / Archivo 020VideoAudiencia. Grabación de la reunión min 01:27:33 – 01:30:34

¹⁰ numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 / 02SegundaInstancia_Archivo 05AutoAdmiteAvocaCorreTraslado

¹¹ 02SegundaInstancia / Archivo 07AlegatosColpensiones

¹² 02SegundaInstancia / Archivo 07AlegatosColpensiones

ii) Y respecto a las sumas a devolver cita las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** reitera en segunda instancias los motivos de inconformidad con la sentencia¹³: **i)** Insiste en que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de 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. **ii)** Se duele de la condena a reintegrar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, así como los aportes al FGPM debidamente indexados, resaltando que la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se ha recogido y enriquece con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS. **iii)** Ya en esta instancia se introduce un cuestionamiento adicional referido a **la condena en costas** de primera instancia, solicitud que deviene **extemporánea** porque de acuerdo a lo definido en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo modificado por el 10 de la Ley 1149 de 2007, la oportunidad procesal para interponer recurso de apelación es oralmente en la audiencia en que fue proferida la sentencia. Así, se advierte que en la audiencia del pasado **23 de mayo de 2023 PORVENIR** no cuestionó lo relativo a la condena en costas, por lo que no se efectuará pronunciamiento alguno al respecto.

Por último, la apodera de la **DEMANDANTE**¹⁴ intervino para solicitar se **CONFIRME** la sentencia de primera instancia proferida el 23 de mayo de 2023 al quedar debidamente demostrado que no se le suministró una debida asesoría que le permitiera el pleno ejercicio de su consentimiento informado.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, y en el 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. En segundo lugar, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del 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.

¹³ 02SegundaInstancia / Archivo 011AlegatosPorvenir

¹⁴ 02SegundaInstancia / Archivo 009AlegatosDemandante

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: **Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL19447 de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL 3199, SL 3202 de 2020, SL 3676 de 2020, SL 081 -2021, SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021 - SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021** 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) LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO** nació el **11 de abril de 1964**, por lo que en este momento cuenta con **59 años**¹⁵. **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S el **13 de diciembre de 1984** entidad en la que cotizó 30,57 semanas hasta **04 de septiembre de 1991**¹⁶. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **PROTECCIÓN S.A.** el **02 de enero de 2002**, en ese entonces trabajaba en el cargo de administradora para COMERCIALIZADORA FRUTAS Y LEGUMBRES S.A.S.¹⁷. Luego se trasladó a **HORIZONTE S.A., siendo hoy PORVENIR S.A.**, suscribiendo formulario de traslado el 03 de junio de 2003.¹⁸

¹⁵ 01PrimeraInstancia / Archivo 03EscritoDemandaYAnexos / Pág. 17

¹⁶ 01PrimeraInstancia / Archivo 12ContestaciónColpensionesCorreo / Pág. 67

¹⁷ 01PrimeraInstancia / Archivo 14ContestaciónProtecciónCorreo / Pág. 40

¹⁸ 01PrimeraInstancia / Archivo 13ContestaciónPorvenirCorreo / Pág.39

Hora de la consulta : 8:41:02 AM
Afiliado: CC 43064232 LUZ STELLA VELEZ ORREGO

| Vinculaciones para : CC 43064232 | | | | | | | |
|----------------------------------|--------------------|------------------|-------------|------------|------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|
| Tipo de vinculación | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino | AFP origen | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad | Fecha fin de efectividad |
| Vinculación inicial | 2002-01-02 | 2004/04/16 | PROTECCION | | | 2002-01-03 | 2003-07-31 |

Un ítem encontrado:
1

| Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 43064232 | | | | | | |
|--|------------------|-------------------|---------------------|------------|-----------------|--|
| Fecha de novedad | Fecha de proceso | Código de novedad | Descripción | AFP | AFP involucrada | |
| 2002-01-02 | 2002-01-24 | 01 | AFILIACION | PROTECCION | | |
| 2003-06-03 | 2003-07-07 | 79 | TRASLADO AUTOMATICO | HORIZONTE | PROTECCION | |

La demandada 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 **LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO**, ésta tenía menos de **35 años** de edad y menos **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario 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 57 años de edad y acreditando 1300 semanas cotizadas para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 80 % en caso de cotizar 1800 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100. Lo anterior, en virtud de lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 modificado por el 9 y 10 de la Ley 797, que sería el aplicable en su caso por estar cotizando al I.S.S.

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 55 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)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia**. **v)** 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, mostrándole las claras diferencias en los requisitos de la pensión con los del régimen de prima media como beneficiaria de transición. **vi)** 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 **LUZ STELLA VÉLEZ ORREGO**, 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 que se revisa, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

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

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al **statu quo ante** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo la **ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus

propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PROTECCION y PORVENIR** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**) **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Siendo, así las cosas, se MODIFICARÁ la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., decisión que no fue cuestionada de manera concreta por esta AFP. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuestos por la **AFP PORVENIR S.A** se causan a su cargo. Agencias en derecho 1 salario mínimo mensual vigente del 2024.

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 **Séptimo** Laboral del Circuito de Medellín, con las siguientes **MODIFICACIONES:**

Al numeral **TERCERO** porque **dentro de los 30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PORVENIR S.A** debe devolver a **COLPENSIONES** la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros, así como **los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades** durante el tiempo en que se presentó la afiliación en esa AFP, 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 estas órdenes 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


Y se adiciona, porque **dentro de los 30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PROTECCIÓN S.A.** debe devolver a **COLPENSIONES** **los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, durante el tiempo en que se presentó la afiliación en esa AFP 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 estas órdenes 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

El numeral QUINTO porque **no** se declaran no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE OBLIGACION DE devolver cuotas de administración y la devolver prima del seguro previsional a favor de las AFP **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de **PROVENIR S.A.** Agencias en derecho (1) salario mínimo legal vigente del 2024.

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,



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ