



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, enero veinte (20) de veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A
RADICADO: 050013105 – 019-2021-00329-01
ACTA N°: 001

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES** así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última entidad, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Décimo Noveno 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 001** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Declarar la INEFICACIA o que se dejen sin efecto jurídico la afiliación a PROTECCIÓN S.A **ii)** Que se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, o sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; y se ordene a Colpensiones recibir dichos aportes y que habilite la afiliación de la demandante al Régimen Pensional de Prima Media.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La demandante trabajó en SALUD TOTAL desde abril de 2005 y se afilió al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN. **ii)** Un asesor del fondo privado le manifestó a la actora que ese nuevo régimen era su mejor, nunca le dio una asesoría clara, oportuna y

¹ Carpeta primera instancia/ 02DemandaAnexos pág. 1-2

suficiente sobre sus posibilidades en ambos regímenes. La demandante no fue debidamente informada del tema por los asesores del fondo Privado, nunca le presentaron una información completa de los efectos de trasladarse al RAIS. iii) Antes solicitud de una proyección pensional PROTECCION emite respuesta el 10 de mayo de 2021 en la que le manifiesta a la actora que en Colpensiones obtendría a la edad de 57 años una indemnización sustitutiva mientras que en PROTECCIÓN se pensionaría en el mejor de los casos a los 57 años con \$908.526 por garantía de pensión mínima. iv) Cuando estaba próxima a cumplir los 47 años el 5 de junio de 2018, PROTECCIÓN tampoco le hizo reasesoría de ninguna clase sobre la conveniencia de trasladarse al fondo público o quedarse en el privado.

2. CONTESTACIONES

2.1. PROTECCIÓN S.A.²

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** y en especial a que se declare la INEFICACIA y/o nulidad de afiliación de la demandante al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, planteando, en síntesis, que se encuentran frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza.

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, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.2 COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones proponiendo como excepciones las que denominó: INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASO DE INEFICACIA DE TRASLADO DE REGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN. IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA INEFICACIA O NULIDAD DE TRASLADO CUANDO EL DEMANDANTE ADQUIRIÓ EL ESTATUS DE PENSIONADO O TIENE UNA SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA, INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE REGIMEN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES DE MORA DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACION, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

² Carpeta 01PrimeraInstancia/12ContestaciónProtección. Pág. 3 a 30

³ Carpeta 01PrimeraInstancia/10ContestaciónSustituciónColpensiones. Pág. 2 -22

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **8 de septiembre de 2022** el **JUEZ DÉCIMO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones⁵: **i) DECLARAR** INEFICAZ el traslado o vinculación de MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA con C.C. 42.824.069 al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado a través de lo que hoy es PROTECCIÓN S.A.; y consecuentemente, que, para efectos pensionales, aquellos deben tenerse como afiliados al régimen de prima media con prestación definida, en garantía del derecho a la libre escogencia de régimen pensional, desde su vinculación inicial al sistema de pensiones. **ii) ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ACEPTAR el regreso o la afiliación de MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA a esa entidad. **iii) ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones **sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales**, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en sus historias laborales. **iv)** Las COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A.

4. RECURSOS DE APELACION

4.1. RECURSO DE PROTECCIÓN S.A.⁶

Los planeamientos del recurso se refieren a varios aspectos. **i)** En relación con la **declaratoria de la afiliación argumenta:** **a)** Los actos de PROTECCIÓN han estado precedidos por la buena fe y legalidad, todas las personas afiliadas lo hacen libre y voluntariamente (artículo 13 de la ley 100 de 1993) lo que se prueba con el formulario en el que manifestó su voluntad de vinculación inicial completamente libre de vicio de consentimiento toda vez que se le explicaron las consecuencias y características de ahorro individual y del régimen de prima media para que ella tomara la mejor opción. Invoca el decreto 692 de 1994 artículo 11. **b)** Señala que la jurisprudencia viene generando sub-reglas en casos de traslados del régimen pensional y María Patricia tiene una inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media por lo que es inviable ordenar el traslado de régimen. Invoca tres providencias provenientes de Salas de Decisión de los Tribunales de Bogotá, Bucaramanga y Tunja. **c)** Invoca el principio de favorabilidad para señalar que María Patricia Montoya Ochoa fue vinculada y asesorada en el año 2005 hoy tiene 800 semanas y cotiza en el 2021 con un salario mínimo, le faltan 9 años y tiene 51 años de edad. Afirma que el valor de la mesada pensional en uno u otro sistema va a ser de un salario mínimo, para argumentar así que la responsabilidad no es solamente juzgar la ineficacia sino que se deben tener en cuenta la responsabilidad que tienen todos esos procesos directamente dentro de los sistemas de ineficacia de la afiliación. **ii)** Respecto a las **comisiones de administración:**

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia/21AudienciaArts77y80/20ActaAudienciaArts.77y80CPTSS.

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia/21AudienciaArts77y80/20ActaAudienciaArts.77y80CPTSS.

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia/21AudienciaArts77y80

a) invoca el artículo 7 de la ley 797 de 2013 para señalar que se trata de un descuento legal que permite la norma a través de los aportes realizados al sistema general de pensiones. Aduce que se han generado rendimientos financieros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual haciendo referencia así al artículo 1742 del Código Civil, la sentencia con radicación 31989 del 9 de septiembre del 2008 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y al concepto emitido por la Superintendencia. **b)** Expresa así asumir con su propio patrimonio valores como la comisión de administración, supone una condena de perjuicios que debe revisarse a la luz de la responsabilidad civil. **iii)** Señala que en estos procesos sí opera el **fenómeno prescriptivo** consagrado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral. **iv)** Solicita **se revoque la condena en costas** y la sentencia para permitir que la demandante pueda obtener su pensión de acuerdo a su favorabilidad pensional.

4.2. RECURSO DE COLPENSIONES⁷

Los planteamientos de la administradora del régimen de prima media son los siguientes:

i) La demandante carece de fundamentos probatorios. Todo este conocimiento libre y espontáneo se debe materializar con la afiliación al RAIS y en su momento Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante a la hora de definir su situación pensional. Con la entrada de vigencia de la ley 100 del 93, los afiliados contaban con un espectro de decisión muchísimo más amplio a la hora de definir su situación pensional que debía ajustarse a sus condiciones particulares y debía por lo menos tener un análisis mínimo que permitiera tomar una decisión acertada lo que se vio materializado con la aceptación y suscripción del formulario de afiliación. **ii)** La demandante no se encuentra afiliada a Colpensiones, no es procedente el reconocimiento de traslado ni le es dable la alegación de vicio de consentimiento alguno. No se puede hablar de un fallo favorable para las pretensiones de la demandante, cuando esto la pone al principio de la auto responsabilidad de los hechos que se afirman y es quién está llamada a aportar pruebas tendientes a demostrar que fue producto de un engaño y falta de información. **iii)** Tampoco es procedente imponer cargas económicas adicionales a Colpensiones entidad que al momento de responder las peticiones actuó en pleno derecho siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional respecto a las restricciones que se señalan con el regreso al régimen de prima media.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, el apoderado de **COLPENSIONES** intervino en los siguientes términos⁹: **i)** Indica que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este

⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia/21AudienciaArts77y80

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

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia/04AlegatosColpensiones.

caso Colpensiones. Las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento sino que se obligan a índoles constitucionales. **iii)** Agrega que la decisión judicial de declarar la ineficacia de traslado, repercute, en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de Colpensiones. **iv)** Señala que en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económica, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM. **v)** Y finalmente solicita que en caso de salir adelante las pretensiones se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades entre otros.

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A** no presento alegato de conclusión.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como 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. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

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

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

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

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

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

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

beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.

- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente

aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: i) **MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA** nació el **05 de JUNIO de 1971** por lo que en este momento cuenta con **51 años**¹⁰; ii) Se afilió a PROTECCIÓN S.A el **1 de octubre de 2005**, siendo su empleador SALUD TOTAL y para ese momento se desempeñaba como Auxiliar Servicio al Cliente¹¹

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 suscrito¹² 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 **MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA** 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 no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que **si decidía afiliarse al I.S.S.** el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas para

¹⁰ Carpeta 01PrimerInstancia/02DemandaAnexos. Pág. 23

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia/12ContestaciónProtección. Pág. 65-66

¹² Carpeta 01PrimerInstancia/12ContestaciónProtección. Pág. 65-66

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 elegía 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)** 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. **iii)** 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**. **iv)** También se debía indicar que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrándole las claras diferencias en los requisitos de la pensión con los del régimen de prima media como beneficiaria de transición. **v)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **MARIA PATRICIA MONTOYA OCHOA**, diligencia en la que 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 DE LA AFILIACIÓN AL RAIS**.

Y en relación con el análisis efectuado por PROTECCIÓN en el recurso 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.

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, **PORVENIR S. A.** efectuará 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**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se **MODIFICARÁ** la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PROTECCIÓN S.A.** decisión que fue cuestionada por la recurrente y que será **CONFIRMADA** porque tal como se ha analizado a lo largo de esta providencia, es claro que resultó vencida en este proceso, porque la razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen se sustenta en que ésta AFP no acreditó el haber suministrado una información clara, suficiente y completa a la actora en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación todo ello a la luz de lo previsto en los **artículos 271 y 13 literal b)** de la Ley 100, y el precedente jurisprudencial pacífico y reiterado sobre la materia. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por **COLPENSIONES** ni **PROTECCIÓN S.A.** se causan a su cargo. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v. para cada una.

8. LA DECISIÓN

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

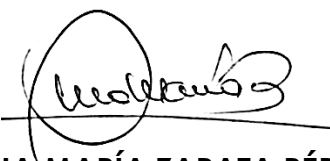
PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, pero con las siguientes **MODIFICACIONES**:

- El numeral **TERCERO** porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PROTECCIÓN 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, 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.

SEGUNDO: Costas a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** Agencias en derecho, **1 s.m.l.v. para cada una**

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

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 05001 31 05 019 2021 00329 01

SENTENCIA del //20/01/2023

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/EuXTIzMCfLdBg5l3MuQfDpYBP_WI3gnpDTT7OmQUa3c4VA?e=bESHO