



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

### TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

### SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, febrero diecisiete de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
DEMANDANTE: JAVIER ENRIQUE AGUDELO ARIAS  
DEMANDADO: PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES  
RADICADO: 05001 31 05 010 2019 00512 01  
ACTA N°: 09

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**, **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN** y **MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **JAVIER ENRIQUE AGUDELO ARIAS** para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES** así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Décimo** 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 09** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

#### 1. LA DEMANDA<sup>1</sup>

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se DECLARE ineficaz el traslado del señor **JAVIER AGUDELO** al RAIS por no darse las condiciones necesarias de asesoramiento debido, decisión informada y libertad de elección. Si no se declara la INEFICACIA, se declare la NULIDAD del traslado por estar en presencia de engaños. **ii)** Se DECLARE válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante al RPM. Así como se le asiste el derecho a regresar al RPM. Y que el demandante no tuvo re asesoría antes de cumpliera 52 años perdiendo así la posibilidad de trasladarse al RPM. Y así al momento de reconocerle su pensión de vejez en el RPM, le sea aplicable la ley 797 de 2003. **iii)** Se CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y liquidar la pensión de vejez del señor JAVIER AGUDELO a partir del momento en que cumpla la edad y semanas cotizadas. **iv)** Se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes, rendimientos, incluidas las comisiones,

<sup>1</sup> Carpeta 01PrimeralInstancia/002Demanda. Pág. 1-7

que el demandante efectuó al RAIS y sin descuento por cuota de administración. Así como la reactivación de la filiación del demandante en el RPM y que COLPENSIONES reciba de PROVENIR S.A la totalidad de los aportes y rendimientos incluyendo las comisiones.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** JAVIER ENRIQUE AGUDELO ARIAS nació en Medellín el 29 de septiembre de 1964. Estuvo afiliado al I.S.S. hoy COLPENSIONES desde el 22 de noviembre de 1985. Estaba afiliado al RPM administrado por ISS, cuando fue trasladado a PORVENIR S.A. en noviembre de 1998. **ii)** Al momento de diligenciar el formulario de afiliación el demandante no contó con una asesoría, ni con un diagnóstico pensional donde se le dieran a conocer las posibles ventajas y riesgos al momento de realizar el cambio de régimen pensional. **iii)** El demandante al ver las carencias que tuvo PORVENIR S.A en la asesoría el 21 de mayo de 2019 de forma escrita solicita un cambio del RAIS al RPM. Solicitud que no tuvo respuesta. Acudiendo entonces a COLPENSIONES con escrito del 24 de septiembre de 2018 solicitando el traslado, lo que fue rechazado por contar con 10 o menos años para el tiempo de pensionarse. **iv)** El demandante al darse cuenta de la nefasta condición al momento de pensionarse, pues en el RAIS contaría con una mesada pensional mucho menos que en la del RPM.

## 2. CONTESTACIONES

### 2.1. COLPENSIONES<sup>2</sup>

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda toda vez que no existe prueba fehaciente. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN.

### 2.2. PORVENIR<sup>3</sup>

La entidad se **opuso a cada una de las pretensiones formuladas**. 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, COMPENSACIÓN.

## 3. SENTENCIA<sup>4</sup>

En la audiencia del **8 de agosto de 2022** el **JUEZ DECIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones<sup>5</sup>: **i) DECLARÓ** ineficaces los cambios de sistema pensional del RPM al RAIS que realizaron JAVIER ENRIQUE AGUDELO ARIAS y en

<sup>2</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/006ContestacionDeDemanda. Pág. 1-8

<sup>3</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/ 022. CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A. RAD. 05001310501020190051200 (1). Pág. 1-32

<sup>4</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/ 025. ACTA (COMPLETA) INEFICACIA DE TRASLADO. Pág. 2

<sup>5</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/ 025. ACTA (COMPLETA) INEFICACIA DE TRASLADO. Min: 01:32:06 – 01:34:23

consecuencia declarar que aquellos han permanecido afiliados sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES. **ii) CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de JAVIER ENRIQUE AGUDELO ARIAS con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, el bono pensional si se hubiere redimido, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, elementos que **deben ser indexados a la fecha de entrega al RPM**. 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 para cada uno de los demandantes. **iii) CONDENÓ** a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A, los valores aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por los demandantes en el RPM, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados, cotizaciones que tendrán efecto para los futuros reconocimientos de las prestaciones económicas del sistema de protección social que se generen en favor del ciudadano referido. **iv) DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción. Las demás implícitamente resueltas. **v) CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A como se dijo en la parte motiva.

#### 4. RECURSOS DE APELACIÓN

##### 4.1. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES<sup>6</sup>

La controversia se contrae a los siguientes aspectos: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia:** **a)** Señala que en principio la esencia de la Litis giró en torno a declarar la ineficacia del traslado lo que no puede sustentarse en que se presenta una diferencia en el valor de la mesada pensional, porque se trata de dos regímenes excluyentes y diferentes entre sí y como lo expresó el demandante en el interrogatorio de partes la situación ha variado durante los años. El demandante optó por vincularse al RAIS con el fondo privado HORIZONTE en el año 1995 y no se explica cómo pasó tanto tiempo afiliado a un régimen que ahora aduce no conocer. **b)** Con la decisión se va a insolventar el Sistema General de Pensiones porque los dineros devueltos no resultan suficientes para el financiamiento de la prestación económica que se busca que Colpensiones reconozca. Invoca las sentencias C240 de 2004, SU 0062 del 2010 y T-49 de 2010 entre otras y la prohibición consagrada en el art. 2 de la ley 797 de 2003. **c)** Al declarar la ineficacia se pone en riesgo el derecho fundamental de los demás afiliados pues se está obligando a soportar a COLPENSIONES una carga financiera considerable sin que tenga alguna obligación legal o que haya incurrido en una falta. **ii)** Sobre las sumas a devolver, aduce que los aportes deben ser debidamente indexados. **iii)** Finalmente solicita se mantenga la absolución en cuanto a condena en costas dado que Colpensiones en ningún momento realizó una actuación omisiva o contraria a

<sup>6</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/025. ACTA (COMPLETA) INEFICACIA DE TRASLADO. Min: 01:34:52 – 01:39:39

derecho, no intervino en la decisión del demandante. Y el recurso solo obedece a una posición frente a la protección del sistema general de pensiones.

#### 4.2. RECURSO DE PORVENIR S.A<sup>7</sup>

Se cuestiona la sentencia en los siguientes aspectos. **i) La declaratoria de ineficacia de traslado:** **a)** Como bien lo manifestó el demandante en el interrogatorio de parte su traslado fue de forma voluntaria, libre y sin presiones, suscribió el formulario según el art. 11 del decreto 692 de 1994, tuvo oportunidad de asistir a una asesoría cumpliendo con el deber exigido para los fondos privados en ese entonces en la ley 100 de 1993 y en el decreto 693 de 1993. **b)** Es notable que el demandado contó con el tiempo para poder trasladarse de régimen pero no lo hizo, realizó traslados entre el fondo HORIZONTE y el fondo PORVENIR S.A lo que hace ver el deseo de mantenerse en dicho régimen pensional. Y manifestó en el interrogatorio de parte que lo que motiva realizar este proceso no es la inconformidad con el fondo ni como se administra, sino que va direccionada al monto pensional, valor que no era posible suministrar al momento del traslado pues no contaban con insumos y variables que no estaban teniendo en cuenta mi representada para ese entonces y que además no le eran exigibles dichas proyecciones. **c)** Resalta que no es cierto que PORVENIR se encuentre en una mejor posición probatoria y que los deberes de desincentivar la afiliación y de asesoría surgen posteriormente (SL1688 de 2019 y SL 3464 de 2019). **d)** Se avisa un total incumplimiento y falta de diligencia del demandante quien contó con múltiples posibilidades para acercarse a la AFP con sus canales de comunicación que cuales conocía y a los cuales tenía acceso pues recibía extractos. No se acercó ni corroboró la información que se le suministró al momento del cambio del traslado ni en años posteriores, por lo que no puede pretenderse que se beneficie con su propia culpa. Invoca el artículo 2 de la ley 797 de 2003. **ii)** Sobre la condena de **trasladar los valores de manera indexada**, aduce que lo que se busca con la indexación de dichos rubros podría verse resarcida con el traslado mismo, que si atendemos a las restituciones mutuas los rendimientos no debieron existir en los aportes del demandante, pues los mismos no se generan en el régimen de prima media. Por lo que debe revocarse la condena al traslado de sumas adicionales que no se encuentran en el patrimonio de PORVENIR y los seguros se usan por el cubrimiento de eventuales riesgos de invalidez o muerte. **iii)** Frente a la **condena en costas** señala que no existen razones fácticas para que se genere la ineficacia del traslado por lo que no hay lugar a condena pues actuó de buena fe y está cumpliendo con las obligaciones impuestas en la norma, administrando los recursos del demandante con rendimientos de su cuenta de ahorro individual.

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

<sup>7</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/025. ACTA (COMPLETA) INEFICACIA DE TRASLADO. Min: 01:39:45 – 01:45:29

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia<sup>8</sup>, **COLPENSIONES** intervino de manera oportuna adicionando a los argumentos del recurso lo siguiente<sup>9</sup>: **i)** Los Decretos 663 de 1993, 692 y 720 de 1994 otorgan responsabilidad exclusivamente a cargo del fondo y no de Colpensiones por lo que es importante cambiar el esquema de responsabilidad que endilga la carga económica en un 100% a COLPENSIONES. Colpensiones no tiene la obligación de soportar cargas que fueron creadas por la desatención de las obligaciones del fondo privado, es por esto que se deberán recalcular los valores a transferir de tal manera que se cubra en su totalidad el monto de la prestación que eventualmente se reconozca en el régimen de prima media. **ii)** Solicitó no aplicar objetivamente el artículo 365 del CGP indicando que Colpensiones es un sujeto exógeno a este litigio, por lo que no incurrió en la desatención de sus obligaciones para ocasionar el traslado el mismo, además de esto, se debe tener en cuenta el numeral 8 del mencionado artículo.

A su turno la apoderada de **PORVENIR S.A** señala reitera los planteamientos del recurso<sup>10</sup>:

**i) Sobre la declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS:** **a)** 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 pues se cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, se le entregó la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario (artículo 11 del Decreto 692 de 1994) y contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen pero no lo hizo. **b)** Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Y si lo anterior no fuera suficiente insiste en que ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos. **c)** Resalta 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 (SL SL1688- 2019, CSJ SL1689- 2019 y CSJ SL3464- 2019) además se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. **d)** La totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano. **ii) Sobre las sumas a devolver:** **a)** En el fallo se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, por lo que no es posible se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar. **b)** Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra

<sup>8</sup> Numeral 1 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020. Carpeta 02SegundaInstancia/ 02AutoAdmiteCorreTraslado

<sup>9</sup> Carpeta 02SegundaInstancia/ 07AlegatosColpensiones. Pág. 1

<sup>10</sup> Carpeta 02SegundaInstancia/ 09AlegatosPorvenir. Pág. 1-3

en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado. c) Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. d) Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional debe tener como objetivo constitucional la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín Radicado 05001310500720150129501). e) Invoca concepto Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000. **iii) Condena en costas PORVENIR** siempre obró con buena fe objetiva en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A y COLPENSIONES** y en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esa entidad, 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 del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver y si resulta acorde a derecho la CONDENA en COSTAS en contra de COLPENSIONES.

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

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre



cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

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

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

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

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación.

Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.

- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo,**



dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

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

## 7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: i) **JAVIER ENRIQUE AGUDELO ARIAS** nació el **29 de septiembre de 1964** por lo que en este momento cuenta con **58 años**<sup>11</sup>; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **03 de septiembre de 1997** en la que cotizó 132,43 semanas hasta el 31 de marzo de 1997.<sup>12</sup> Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, se hizo el **24 de enero de 1995** y en ese momento laboraba como representante de ventas en BERNARDO VILLA MACHADO<sup>13</sup>.

El demandado ha afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor<sup>14</sup>, 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**).

<sup>11</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/ 09AlegatosPorvenir. Pág. 37

<sup>12</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/ 005ExpedienteAdministrativo. Pág. 5

<sup>13</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/ 022. CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A. RAD. 05001310501020190051200 (1). Pág. 54

<sup>14</sup> Carpeta 01PrimerInstancia/ 022. CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A. RAD. 05001310501020190051200 (1). Pág. 54

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 **JAVIER ENRIQUE AGUDELO ARIAS** éste tenía menos de **40 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si 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 permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 60 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como 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 los HOMBRES a los 62 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 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. **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, y por esta razón, debe la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado que ha de **CONFIRMARSE** la decisión de **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 adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). 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 CONFIRMARÁ la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: i) En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR 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 traslado, 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 y PORVENIR S.A serán a cargo y a favor del demandante, en los términos del artículo 365 numeral 1 del Código General del Proceso. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v. para cada una.

## 8. LA DECISIÓN

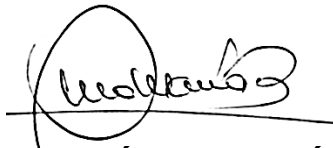
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

**PRIMERO:** Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v. de 2023 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: 050013105 010 2019 00512 01

SENTENCIA del //17/02/2023

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/Eka4jiU7-qJGgC\\_a7VDS6DMBiBXSyDpX6lRg0dgAQNUaQ?e=OMmvyd](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eka4jiU7-qJGgC_a7VDS6DMBiBXSyDpX6lRg0dgAQNUaQ?e=OMmvyd)