



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, mayo veintiséis (26) de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ALBA LUCIA SALGADO BERNAL
DEMANDADO: COLPENSIONES – PORVENIR S.A.
RADICADO: 05001 31 05 019 2022 00363 01
ACTA N°: 38

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE** y **MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **ALBA LUCIA SALGADO BERNAL** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** y en grado jurisdiccional de consulta a favor de **esta última**, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Diecinueve 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 38** 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)** Se DECLARE la ineficacia o subsidiariamente la nulidad de la afiliación a la AFP PORVENIR y se ORDENE a COLPENSIONES que acepte el traslado de la DEMANDANTE. **ii)** Y se ORDENE a las DEMANDANDAS que efectúen todos los trámites necesarios para que quede afiliada en el régimen de prima media y se trasladen todos los aportes realizados en la AFP PORVENIR. **iii)** CONDENAR a pagar las COSTAS del proceso.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora ALBA LUCIA SALGADO BERNAL nació el 8 de septiembre de 1965. A partir de agosto de 1996 se afilió a la AFP PORVENIR pero no se le informó que ello traía como consecuencia que su pensión de vejez fuese reconocida en una cuantía significativamente inferior a la que se le reconocería el régimen de prima media con prestación definida. **ii)** La AFP PORVENIR no cumplió con su obligación de asesorar adecuadamente a la

¹ 01PrimerInstancia / Archivo 02Demanda pág. 5 – 13 PDF

DEMANDANTE, no cumplió con su deber de información, no prestó de forma eficiente, eficaz y oportuna la asesoría pensional a la que tenía derecho. Dada la falta de información la DEMANDANTE no comprendió las implicaciones de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad. **iii)** El 25 de julio de 2022 solicito su afiliación y traslado a COLPENSIONES, pero le fue negada aduciendo que le faltaban menos de 10 años para llegar a la edad prevista en la ley para acceder a una pensión de vejez. **iv)** Con 1300 semanas cotizadas y un IBC promedio de 8,87 S.M.L.M.V. COLPENSIONES le reconocería una pensión de vejez equivalente a \$4.920.523,00 equivalente al 61,07% de su IBL.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones las que denominó: INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASO DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, 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 RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES DE MORA DEL ARTICULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

2.2 PORVENIR S.A.³

La entidad se **opuso a cada una de las declaraciones**. Propuso como excepciones las que denominó: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, RESTITUCIONES MUTUAS, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **10 de abril de 2023** el **JUEZ DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁵ **i) DECLARÓ** INEFICAZ el traslado de la señora ALBA LUCÍA SALGADO BERNAL y consecuentemente DECLARA que para efectos pensionales estuvo afiliada sin solución de continuidad al RPM. **ORDENÓ** a COLPENSIONES aceptar su regreso a esa entidad. **ii) ORDENÓ** a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ALBA LUCÍA SALGADO BERNAL como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, **sin incluir los valores destinados a pago de seguros**

² 01PrimerInstancia / Archivo 09ContestaciónDemandaColpensiones pág. 2 – 28 PDF

³ 01PrimerInstancia / Archivo 10ContestaciónDemandaPorvenir pág. 2 – 41 PDF

⁴ 01PrimerInstancia / Archivo 15ActaAudienciaArts.77y80CPTSS.Rad.2022-00239,2022-00338,2022-00363y2022-00386 PDF

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 17AudienciaArts77y80CPTSSRad2022-00239,2022-00338,2022-00363y2022-00386(Parte2) min 01:19:50 – 01:21:58

previsionales; y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral. **iv) CONDENÓ** en **COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. PORVENIR S.A.⁶

La apoderada solicita se revóquela sentencia, planteando respecto a la declaratoria de ineficacia, que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, en este caso no existe traslado porque se está hablando de una vinculación inicial y la vinculación retroactiva está prohibida. Invoca sentencia del 21 de septiembre del 2022 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla e insiste en que, cuando se trata de afiliaciones iniciales no resulta razonable declarar la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 porque con ello se quebranta el principio de sostenibilidad financiera al imponer responder por una prestación que nunca construyó bajo su imperio.

4.2. COLPENSIONES.⁷

En el recurso se invoca la protección del principio de sostenibilidad financiera porque en la sentencia se excluyó devolver lo concerniente al pago de seguros previsionales, solicitando aplicar el criterio jurisprudencial vigente y pacífico, debiéndose ordenar la devolución indexada de las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸ intervino **PORVENIR** solicitando **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVERLA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, planteando en síntesis: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia del traslado:** a) Que en este asunto no se alegó ni probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Tampoco se acreditan los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 ni del artículo 897 del Código de Comercio, y agrega que pese a lo diáfano de las normas, “la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional” e insiste en que en este asunto **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, destacando que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico (arts. 243 y 244 del CGP y parágrafo del art. 54A del CPT, artículo 114 de la 100 de 1993 y artículos 246 y 272 del CGP) . b)

⁶ 01PrimeraInstancia / Archivo 17AudienciaArts77y80CPTSSRad2022-00239,2022-00338,2022-00363y2022-00386(Parte2) min 01:22:33 – 01:27:17

⁷ 01PrimeraInstancia / Archivo 17AudienciaArts77y80CPTSSRad2022-00239,2022-00338,2022-00363y2022-00386(Parte2) min 01:27:23 – 01:20:37

⁸ numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media. La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. PORVENIR aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el. c) Cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, PORVENIR únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados. Invoca la sentencia **SL1637-2022**. d) Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de las pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S. el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil relacionadas con la validez de los negocios jurídicos (artículo 1602 del Código Civil). A continuación, plantea la diferencia legal de la ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y sus efectos. **ii) Sobre las sumas a devolver:** a) Invoca el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1746 del CC así como la sentencia para concluir razonablemente que solo se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. b) Invoca los artículos 1746 y 964 del Código Civil, así como sentencia de la Sala de Casación Civil (*sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01*) para señalar que en atención al principio de la congruencia de la sentencia al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS. c) Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada. d) Y sobre la indexación de las condenas invoca la sentencia C- 00161 del 2010 de la que transcribe apartes t de la sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, así como providencias del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali.

El apoderado de **COLPENSIONES** reitera la solicitud de REVOCATORIA de la sentencia afirmando en síntesis: **i) La ineficacia o nulidad resulta inoponible frente a COLPENSIONES como tercero de buena fe:** La inoponibilidad constituye un mecanismo protector del

derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que los afiliados permanecieron en el RAIS y además propende por proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional. Dice que las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social, por lo que si bien la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operancia de la inoponibilidad. **ii)** Agrega que la decisión judicial de declarar la ineficacia de traslado crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de Colpensiones, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos del afiliado no pasaría el segundo criterio de la "necesidad", toda vez que existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, y es que quien se deba hacer cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la ineficacia es la AFP, quien ha administrado los recursos generando los rendimientos. **iii)** Dice que se debe evaluar 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 económicas, 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. Así, invoca la sentencia **SL 373-2021**. **iv)** Finalmente aduce que en caso de salir avante las pretensiones se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades entre otros.

Finalmente, el **apoderado de la activa** interviene para solicitar se confirme íntegramente la sentencia.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de **apelación de PORVENIR** 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 afiliación y traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** del DEMANDANTE al RAIS, 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) ALBA LUCIA SALGADO BERNAL** nació el **8 de septiembre de 1965** por lo que en este momento cuenta con **57 años**⁹; **ii)** Se afilió a **PORVENIR S.A.** suscribiendo formulario el **09 de agosto de 1996**¹⁰.

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**).

⁹ 01PrimeraInstancia / Archivo 02Demanda pág. 39 PDF

¹⁰ 01PrimeraInstancia / Archivo 10ContestaciónDemandaPorvenir pág. 88 PDF

Y en este caso se trata de una **afiliación inicial**, aspecto analizado en las sentencias SL 1806-2022 y SL 4059-22 proferidas por Salas de Decisión de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta corporación en ejercicio de la autonomía establecida en la Carta Política se aparta de lo en ellas decidido, por lo siguiente:

Es claro que dentro del sistema general de pensiones coexisten los regímenes de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, sistemas que aunque cubren las mismas contingencias prevén distintos requisitos y métodos para acceder a las prestaciones, siendo la **inscripción** a uno u otro régimen un **acto libre y voluntario** que corresponde a cada afiliado; libertad que no podrá ser limitada por ninguna persona, so pena de imponerse sanciones pecuniarias, además de entender que “... La **afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador**”(artículo 271 Ley 100 de 1993 y artículo 13 ley 100 de 1993).

Para la Sala es relevante el análisis de la expresión de voluntad de la actora ya que de cara a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando la **elección** del régimen pensional no es producto de una decisión libre se genera la ineficacia y la exclusión de todo efecto jurídico del acto jurídico. El citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 abarca todo el universo de situaciones que atenten contra la libertad de selección o afiliación del régimen pensional, sin que se limite a los casos de falta de información, por tanto cualquier evento en que el ciudadano no haya prestado su consentimiento para la elección de sistema pensional tendrá por consecuencia que “...la **afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador**”, sin que tales normas hagan diferencia entre la selección inicial y el traslado de régimen pues claramente el precepto refiere a **la manifestación por escrito al momento de la vinculación o del traslado** sin que resulte constitucionalmente aceptable afirmar que la selección libre y voluntaria **solo se presenta en el caso de traslado entre regímenes y no para la selección inicial**, pues ello, de un lado, desconocería de tajo el texto legal, y de otro, atentaría contra el derecho a la igualdad, máxime con los alcances que da la decisión para tal diferenciación, pues en ella se concluye que cuando se está ante **la selección inicial**, queda en cabeza del afiliado el deber de ilustrarse y verificar cuáles son sus condiciones dentro del sistema. En esos términos ha sido enfática la línea mayoritaria de la jurisprudencia especializada en explicar que la debida información **está a cargo de los fondos de pensiones** como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte **y no del afiliado** por cuanto tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional.

Pues bien, según lo acreditado en el proceso y 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 afiliación tenían 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 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 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, 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, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **ALBA LUCIA SALGADO BERNAL**, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. En ningún momento aceptó haber recibido información sobre el modelo pensional de los dos regímenes, las ventajas y desventajas de ambos, las implicaciones de su afiliación en uno y otro, la importancia de la decisión de traslado antes de arribar a los 47 años de edad; ya que, por el contrario, enfatizó que nada de eso se le comunicó, por lo que sin duda tal medio de prueba también resulta insuficiente para satisfacer el deber de información.

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 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**. 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 PORVENIR S.A. decisión que fue no decisión que fue cuestionada de manera concreta. ii) Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por esta AFP se causan a su cargo. Agencias en derecho, 1 s.m.m.l.v.

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 con las siguientes MODIFICACIONES:

El numeral **TERCERO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PORVENIR S.A.**, debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad del capital ahorrado por la señora ALBA LUCIA SALGADO BERNAL, junto con los rendimientos financiero a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho por una suma equivalente a 1 S.M.L.M.V.

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.

Las Magistradas,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 05001 31 05 019 2022 00363 01

SENTENCIA del //26/05/2023

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-](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eh4fuVJYJJtHsMDFjbDtdglBgm5dskFFcJ2Hn4Aa7DfXqQ?e=tqaXkh)

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eh4fuVJYJJtHsMDFjbDtdglBgm5dskFFcJ2Hn4Aa7DfXqQ?e=tqaXkh](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eh4fuVJYJJtHsMDFjbDtdglBgm5dskFFcJ2Hn4Aa7DfXqQ?e=tqaXkh)