



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTA INES MORENO QUERUBIN
DEMANDADO: COLPENSIONES – COLFONDOS S.A. – PORVENIR S.A. –
PROTECCION S.A.
RADICADO: 05001 31 05 003 2019 00616 01
ACTA N°: 33

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 de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MARTA INES MORENO QUERUBIN** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y EL DEMANDANTE** así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Tercero 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 33** 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, es decir dejar sin efecto jurídico la afiliación de la actora, al RAIS que realizo a través de los fondos privados demandados y se autorice afiliarse al RPM con prestación definida que administra COLPENSIONES. **ii)** Que se ordene a PORVENIR entregar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual 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 habilitando su afiliación al RPM con prestación definida. **iii)** Que se condene en costas a las DEMANDADAS.

¹ 01PrimerInstancia / Archivo 02ExpedienteDigitalizado0320190061600 pág. 1 – 11 pdf

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La actora se vinculó a la Fiscalía General de la Nación a principios de octubre de 1994, al momento de su posesión fue abordada por un promotor de pensiones de COLFONDOS quien le indicó que ahí se pensionaría a la edad que quisiera y con un mayor valor pensional al que le reconocería CAJANAL donde estaban afiliado los empleados judiciales para la época, afirmando que dicha entidad iba a desaparecer y la única acción que tenía de afiliación era el fondo privado. **ii)** A partir de diciembre de 1997 se afilió a PORVENIR, en julio del año 2010 volvió a COLFONDOS convencida que era su mejor opción pensional y en abril de 2011 regresó a PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliada. **iii)** Lo que no le informaron los asesores de esos fondos privados es que existía el RPM, que no solamente lo administraba CAJANAL si no también el ISS; no le explicaron las diferencias entre los dos regímenes, ventajas y desventajas del uno y del otro, modalidades de pensión en el RAIS, y nunca le hicieron cuadros comparativos o proyección pensional en ambos regímenes; desinformación que la hizo incurrir en error para suscribir los formularios de afiliación a esos fondos privados. **v)** Al cabo de los años, la actora empezó a escuchar comentarios de compañeros de trabajo y medios de comunicación que en el régimen de ahorro individual no era tan benéfico como el de prima media con prestación definida y podría salir perjudicada en el momento de la mesada, por lo que solicitó una simulación de pensión con el fondo privado, recibiendo una respuesta el 11 de octubre de 2017 en la que se informa que con ellos obtendría una mesada de \$1.958.700 y si estuviera en el RPM sería de \$4.694.700. **vi)** Entonces intentó afiliarse a COLPENSIONES recibiendo como respuesta "no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito para pensionarse."

2. CONTESTACIONES

2.1. COLFONDOS S.A.²

La entidad **no presento oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas**, ya que existe plena capacidad y animo conciliatorio frente a las pretensiones principales y subsidiarias. Propuso como excepciones: BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.2. COLPENSIONES.³

La entidad se **opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones** formuladas dentro del libelo petitorio, por carecer de fundamento factico, legal y probatorio. Propuso como excepciones: FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS, INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD DESARROLLADO EN EL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE

² 01PrimerInstancia / Archivo 03ContestacionColfondos2019-0616 pág. 1 – 12 Pdf

³ 01PrimerInstancia / Archivo 06ContestacionColpensionesAnexos pág. 1 – 16 Pdf

TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA.

2.3. PROTECCION S.A.⁴

La sociedad administradora del RAIS se opuso **a cada una de las declaraciones**. Propuso como excepciones: 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 DE 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, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, TRASLADOS DE APORTES, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.4. PORVENIR S.A.⁵

La entidad **se opuso a todas y cada una de las peticiones** formuladas en la demanda. Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.

3. SENTENCIA⁶

En la audiencia del **6 de octubre de 2022** el **JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁷: **i) DECLARÓ** que las DEMANDADAS AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCION S.A., y AFP PORVENIR S.A. no demostraron como era su obligación, que dieron información clara, veras y oportuna a la señora MARTA INES MORENO QUERUBIN cuando esta se afilió al Régimen de Ahorro Individual incumpliendo la obligación de diligencia debida de buen consejo, por lo que causaron grave menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones cuando cumplió 57 años de edad a pesar de tener en esa fecha ya más de 1300 semanas cotizadas. **ii) DECLARÓ** la responsabilidad constitucional y profesional, la inaplicación constitucional de pérdida del RPM y que la DEMANDANTE está inmersa en él, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A. **v) ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de todas las pretensiones y **ORDENÓ** a la AFP PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que la DEMANDANTE lo solicite por escrito le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM con prestación definida adjuntando el certificado de retiro laboral

⁴ 01PrimerInstancia / Archivo 18ContestacionProteccion24052022 pág. 1 – 17 Pdf

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 02ExpedienteDigitalizado0320190061600 pág. 116 – 138 Pdf

⁶ 01PrimerInstancia / Archivo 30Acta audienc COMPLETA 2019-0616 Pdf

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 30Acta audienc COMPLETA 2019-0616 min :02:21:02 – 02:26:50

para poder empezar a disfrutar de la pensión; la reconozca, liquide y pague bajo el RPM y solicite por escrito a COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. **vi) Ordenó** a COLPENSIONES que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que le sea solicitado por PORVEENIR S.A., elabore y presente el cálculo actuarial pensional y PORVENIR S.A. dentro del mes siguiente proceda al pago real y efectivo. **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPM, subrogando tal obligación desde el momento y hora en que le sea pagado real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional. **vi) AUTORIZÓ** a PORVENIR S.A. a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional tomando para sí los ahorros pensionales de la DEMANDANTE. **vii) Declaró** no prósperas las excepciones y **condenó en COSTAS a PORVENIR S.A.**

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A.⁸

Se solicita la **revocatoria total de la sentencia: i) Sobre la declaratoria de ineficacia:** Nos encontramos frente a una persona que tiene la calidad de abogada por lo que no es cierto que no haya contado con una información necesaria para tomar la decisión de vincularse al Régimen de Ahorro Individual, resaltando que no nos encontramos frente a una persona que de forma previa haya estado vinculada al RPM por lo que no es dable que se aplicar las reglas de la ineficacia de la afiliación que simplemente han sido abordadas para aquellas personas que previamente contaban con una afiliación al ISS o a COLPENSIONES. Y tuvo contacto con asesores comerciales de la AFP que son debidamente asesorados y capacitados para que puedan brindar una información clara y veraz a los potenciales afiliados y tomen decisiones ajustadas a sus intereses y ha puesto a disposición de la DEMANDANTE canales de comunicación con los que cuenta para que dirima las dudas relacionadas con su futuro pensional. **ii) En cuanto a la condena a pagar la pensión de vejez según las reglas del RPM: a)** Esto no es procedente porque no en vano el legislador ha establecido reglas para diferenciar los regímenes que no comparten la misma normatividad a la hora de liquidar la pensión de vejez, por lo que no puede ser sometida a pagar una prestación bajo un régimen que no le corresponde. **b)** En cuanto al daño que supuestamente se causó afirma que hubo una extralimitación de las competencias Juez pies si bien hizo uso de las facultades extra y ultra petita, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado sobre sus límites y en el caso de perjuicios estos no fueron solicitados en la demanda ni fue probado; y tampoco tiene un derecho consolidado porque no es pensionada. **iii) En cuanto a la condena en costas** solicita su revocatoria porque PORVENIR siempre ha obrado de buena fe, acorde con la normatividad vigente.

⁸ 01PrimerInstancia / Archivo 30Acta audienc COMPLETA 2019-0616 min 02:27:17 – 02:31:04

4.2. RECURSO DE APELACIÓN DE COLFONDOS S.A.⁹

Solicita la revocatoria total de la sentencia, argumentando en síntesis: i) Hasta la fecha no se ha acreditado ningún reconocimiento pensional y por el hecho de estar afiliada al RAIS debe sujetarse a los requisitos que señala la Ley 100 de 1993, los que deben ser respetados por las AFP, señalando que las Salas de Decisión Laboral de este Tribunal en reiteradas providencias ha dejado en evidencia la inviabilidad jurídica de la tesis adoptada por el A quo para resolver estos conflictos de ineficacia de traslado de régimen, haciendo referencia de manera concreta e in extenso, a una de las providencias en la que fue Magistrado Ponente Guillermo Cardona. ii) Solicita así la absolución de las condenas impuestas.

4.3 RECURSO DE APELACIÓN DE PROTECCION S.A.¹⁰

Solicita se revoque en su totalidad la sentencia, planteando básicamente lo siguiente:

i) La señora MARTA INES MORENO QUERUBIN nunca estuvo en el RPM por lo que no estamos ante un caso de nulidad o ineficacia de la afiliación porque PROTECCIÓN entregó la información clara, veraz y oportuna a quien no tenía el carácter de afiliada lego y que con posterioridad fue trasladada de COLFONDOS a PROTECCION. **ii)** Invoca el artículo 230 de la Constitución Política para señalar que en la sentencia sin tener en cuenta las pruebas aportadas como el interrogatorio de parte, siendo una carga ilegal la de ordenar a PROTECCION pagar el 2% del cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES con destino a PORVENIR porque desconoce totalmente la naturaleza establecida en la Ley 100 de 1993; siendo también inconstitucional porque las normas de Régimen de Ahorro Individual fueron declaradas exequibles mediante la sentencia C 6086 del 2002, así como el principio de sostenibilidad financiera establecida en el Artículo 48. Lo anterior, para destacar la condena deviene excesiva y trae como consecuencia necesaria que la AFP asuma de su propio patrimonio las mesadas pensionales lo que lleva inevitablemente a su insolvencia pues el patrimonio de las sociedades administradoras es diferente al de los fondos que ella administra y por eso mismo es que las pensiones de vejez en el RAIS se financian con los ahorros de la cuenta de ahorro individual de los afiliados más los rendimientos y bonos pensionales si ello hubiera lugar. **iii)** Frente a las facultades extra petita y ultra petita señala que el artículo 50 de Código Procesal del Trabajo no le permiten al Juez decidir caprichosamente, si no con base en los hechos probados y debatidos dentro del proceso para evitar violar el debido proceso y el derecho a la defensa (SL 3614 del año 2020) destacando que la indemnización de perjuicios no fue una situación presentada en los hechos y pretensiones resaltando que la actora no ostenta la calidad de pensionada. **iv)** Invoca la sentencia SL 373 del 2021 para hacer referencia a que se trata de una pretensión que puede verse afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva.

⁹ 01PrimeralInstancia / Archivo 30Acta audienc COMPLETA 2019-0616 min 02:31:11 – 02:36:37

¹⁰ 01PrimeralInstancia / Archivo 30Acta audienc COMPLETA 2019-0616 min 02:36:43 – 02:43:45

4.3. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES.¹¹

Se solicita la revocatoria de la sentencia, señalando: **i)** La DEMANDANTE nunca estuvo afiliada a COLPENSIONES por lo que nada tuvo que ver esta entidad en la decisión que tomo sin coacción alguna, a la hora de definir su situación pensional, siendo así un sujeto pasivo al traslado de régimen. Así, no es procedente el reconocimiento del traslado de inclusión en el RPM ni le es dable la alegación de vicio del consentimiento alguno, a quien la acoge el principio de auto responsabilidad de los hechos, siendo ella la llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado fue producto de un engaño y falta de información. **ii)** Tampoco es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES que siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y dentro de sus funciones no se encuentra la de retener a sus afiliados y más aún cuando la persona no ha estado afiliada al régimen de prima media. **iii)** COLPENSIONES al momento de responder las pretensiones incoadas actúa de pleno derecho, siguiendo los lineamientos de la Honorable Corte Constitucional respecto a las restricciones que se señala del regreso al régimen, por lo que actúa en un margen de legalidad y de buena fe.

4.5 RECURSO DE APELACION DEMANDANTE.¹²

Se cuestiona la decisión a las costas, señalando que se debieron imponer en contra de COLFONDOS y PROTECCION quienes integran la parte pasiva del proceso, fueron DEMANDADAS como *litis* consortes necesarias y hay unas ordenes que se les imponen por lo que también han resultado vencidas en juicio y se dan los presupuestos del Artículo 365 del Código General del Proceso.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia¹³, intervino la apoderada de **PORVENIR** reitera los planteamientos del recurso, enfatizando en que si bien el juez hizo uso de las facultades extra y ultra petita, de que trata el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, claramente hubo un uso indebido pues en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3614 de 2020 se establecen los requisitos que el juez debió observar y, para el caso de la sentencia extra petita se debe considerar que, en primer lugar, los hechos que originen la decisión deben haber sido discutidos en el proceso y, segundo, que tales hechos estén debidamente acreditados, requisitos que no secumplieron para este casos en concreto.

¹¹ 01PrimeralInstancia / Archivo 30Acta audienc COMPLETA 2019-0616 min 02:43:50 – 02:46:29

¹² 01PrimeralInstancia / Archivo 30Acta audienc COMPLETA 2019-0616 min 02:46:34 – 02:47:43

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

En el presente caso en el escrito de demanda no se refiere a un perjuicio en el alcance que el juez de instancia le está dando y este, además, no fue probado en el proceso.

La apoderada de **COLPENSIONES** en su argumentación plantea lo siguiente: **i) En primer lugar** que **se confirme el fallo de primera Instancia**, señalando: a) Que los Fondos están en una situación probatoria complicada respecto de los esclarecimientos de los hechos que para el presente caso la demandante está en mejor posición de ilustrar, la afiliación por parte de la demandante fue libre voluntaria, espontánea sin coacción alguna firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del Traslado de Régimen, por lo que no se le pueden imponer cargas procesales a la AFP que no están obligados a soportar. b) Estos traslados están generando un detrimento al sistema general de pensiones toda vez que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de las AFP son insuficientes para sostener una pensión, generando así pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera. c) Respecto del pronunciamiento de la inaplicabilidad constitucional este no esta teoría no puede ser admisible toda vez que en ningún momento se le está violentando el derecho fundamental al acceso de la Seguridad en pensiones y el principio de la responsabilidad debe ser compartido dado que el demandante no puede acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario él está en la obligación legal de acceder a la información respecto cual es el fondo más conveniente para percibir su pensión, sin que se esté vulnerando ningún derecho fundamental (T-184/09 y **T-489 de 2010**). c) Insiste así en que la afiliación al RAIS es completamente válida y por ente a Colpensiones no se le puede imponer recibir nuevamente al afiliado y reconocer una eventual pensión, por lo que tampoco es viable la subrogación pensional, señalando que de acuerdo con la sentencia SL 373 de 2021 se abrió la posibilidad que los fondos privados restablezcan el perjuicio causado a los afiliados. **ii) Sumas a devolver.** En caso de que se declare la ineficacia del traslado y se ordene el regreso nuevamente al régimen de prima media, SE ORDENE A LA AFP PORVENIR S.A. LA DEVOLUCIÓN DE TODOS LOS APORTES REALIZADOS POR EL DEMANDANTE, porcentaje de garantía de pensión mínima, porcentaje de gastos de administración, porcentaje de primas de seguros de invalidez y muerte, rendimientos y ahorros (SL 17595/17, SL 4989/18Y SL1421/19), así como también el cálculo actuarial en el entendido que, si los dineros provenientes de las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. no alcanzaren a pagar la totalidad de la pensión de vejez, esta última quede con la obligación de balancear estos valores los cuales **deben ser indexados** al momento de su entrega en consideración a la pérdida adquisitiva del valor del dinero.

Finalmente, el apoderado de **COLFONDOS** ratifica los planteamientos del recurso señalando que en el evento en que la Sala decida mantener la declaratoria de la ineficacia con los efectos propios de dicha figura jurídica, no se ordene a la AFP retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los gastos de administración,

porque se causan y descuentan por disposición legal, más no por capricho de las administradoras del RAIS y por ende son exigibles, vigentes y exequibles, invocando el Decreto 2555 de 2010, destacando que la rentabilidad que genera es muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones en los inversión de los TES, de manera que al ordenar su devolución se generaría un enriquecimiento injustificado máxime cuando ni los gastos de administración, ni el porcentaje destinado a la contratación y pago de las pólizas previsionales, son factor de financiación de la pensión de vejez, en el Régimen de Prima Media. Y aduce que no será posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegaran a ordenarse devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, porque con los rendimientos generados quedó más que compensado este concepto, además dicho rubro, no fue objeto de petición, en la demanda, ni incluido en la fijación de litigio; por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y EL DEMANDANTE** 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 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 AFILIACION de la 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 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) MARTA INES MORENO QUERUBIN** nació el **31 de julio de 1961**, por lo que en este momento cuenta con **61 años**¹⁴. **ii)** Se afilió inicialmente al RAIS con la entidad **COLFONDOS S.A.** en **octubre del 1994**¹⁵. **iii)** Se trasladó posteriormente **PROTECCION S.A.** suscribiendo formulario con solicitud de vinculación **el 21 de octubre de 1996**¹⁶ –, en ese momento trabajaba como FISCAL. Posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.** con solicitud de afiliación del **1 de noviembre de 1997**¹⁷ y regresó a **SANTANDER** hoy **PROTECCION S.A.** – con solicitud de afiliación del **4 de octubre de 2001**¹⁸. Finalmente se traslada a **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** el **30 de mayo de 2002**¹⁹ y actualmente se encuentra afiliada a esta entidad.

Las demandadas han 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, 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**).

Y si bien las recurrentes hacen énfasis en el hecho de que 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

¹⁴ 01PrimeralInstancia / Archivo 02ExpedienteDigitalizado0320190061600 pág. 15 Pdf

¹⁵ 01PrimeralInstancia / Archivo 02ExpedienteDigitalizado0320190061600 pág. 17 Pdf

¹⁶ 01PrimeralInstancia / Archivo 18ContestacionProteccion24052022 pág. 30 Pdf

¹⁷ 01PrimeralInstancia / Archivo 02ExpedienteDigitalizado0320190061600 pág. 198 Pdf

¹⁸ 01PrimeralInstancia / Archivo 18ContestacionProteccion24052022 pág. 30 Pdf

¹⁹ 01PrimeralInstancia / Archivo 02ExpedienteDigitalizado0320190061600 pág. 213 Pdf

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 55 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 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 **MARTA INES MORENO QUERUBIN**, 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.

Así, no comparte la Sala los planteamientos esbozados en la providencia que se revisa: En **primer lugar**, 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 a la actora antes de suscribir el formulario de traslado de régimen. La Jurisprudencia nacional ha reiterado, entre otras, en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021, que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar en juicio el cumplimiento de ese deber de información.

En segundo término, y en relación con el análisis efectuado en la providencia que se revisa, 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.

En consecuencia, conforme lo previsto en el **artículo 271** de la Ley 100 de 1993 y el reiterado y pacífico precedente judicial sobre la materia analizado en esta providencia, ha de **REVOCARSE** la decisión que se revisa, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACION** de la señora **MARTA INES MORENO QUERUBIN** al RAIS y que se encuentra afiliada sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida. En adición, no fue objeto de pretensión en la demanda el reconocimiento de la pensión de vejez, de manera que la decisión adoptada no solo vulnera los principios de congruencia y debido proceso, sino que supera las facultades consagradas en el

artículo 50 del Código Procesal del Trabajo²⁰, al ordenar el pago de la prestación a cargo de PORVENIR y luego de COLPENSIONES

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado la demandante a otras AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. La Corte Suprema en su Sala Laboral ha señalado en su precedente (**SL 5686 -2021, SL 1055 -2022**) que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la **AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información** a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. En la sentencia **CSJ SL 3349 de 2021** expresó:

el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Es decir, las administradoras siempre tendrán el deber de brindar información completa y veraz a los afiliados en cada vinculación, sin que pueda exonerarse de ella argumentando que el afiliado ya conocía previamente el régimen al que se vincula; Y sin que las sucesivas vinculaciones convaliden aquella que se hizo con vicios y dieron lugar a la declaratoria de ineficacia.

Finalmente, **ya en relación con la profesión de la actora** al momento de la afiliación debe señalarse que tal como se estableció en la sentencia **CSJ SL3349-2021**, el incumplimiento del deber de información ni siquiera se sana con: i) la «*desidia del interesado en indagar por las condiciones y características*» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada o ii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS 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

²⁰ **ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (Artículo declarado EXEQUIBLE, excepto el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-662-98**)

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, **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliada. **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**). **viii)** 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.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión la DEMANDANTE alcanzó los **61** años, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora **MORENO QUERUBIN**. Al tratarse de una eventualidad no acreditada en el proceso, se adicionará la sentencia, porque el valor del bono pensional corresponde al emisor, es decir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en consecuencia, PORVENIR S.A deberá adelantar los trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono y devolverá a esta entidad las sumas que por este concepto hubiere recibido, debidamente indexadas. Decisión que se encuentra ajustada a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2º hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia sólo se condenó a PORVENIR S.A al pago de las costas, decisión que fue cuestionada de manera concreta por esta entidad, así como por la activa quien pretende la condena en contra de las demás AFP. La decisión de condena en contra de PORVENIR será revocada porque tal como se ha analizado a lo largo de esta providencia, la razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen se sustenta en que la AFP COLFONDOS S.A. no acreditó el haber suministrado en **octubre del 1994** 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 el **artículo 271** de la Ley 100. Así, las órdenes que se profieren en contra de PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES solo encuentran sustento en tal declaración. Así, **la condena en costas en primera instancia corre a cargo de la AFP COLFONDOS S.A.** **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** y atendiendo a las particularidades del caso concreto, tampoco se acredita la causación (artículo 365 numeral 8 del CGP), máxime si los recursos de las entidades apelantes han prosperado.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín para en su lugar proferir las siguientes DECLARACIONES y CONDENAS:

- **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora **MARTA INES MORENO QUERUBIN** identificada con c.c.43.044.327 al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD a través de **COLFONDOS S.A.** así como los traslados horizontales posteriores que realizó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., por los motivos expuestos entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES
- **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto los rendimientos financieros.**

Y se **CONDENA** a las AFP COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, en proporción al tiempo en que permaneció en cada una de ellas, 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.

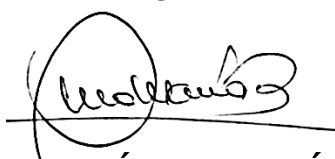
En caso de haberse redimido el bono pensional del demandante, se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

- **ORDENAR** a COLPENSIONES activar la afiliación de la señora **MARTA INES MORENO QUERUBIN** al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, recibir las sumas ordenadas en esta providencia y actualizar la historia laboral del demandante, incluyendo los períodos que fueron cotizados en el RAIS.
- **DECLARAR** improbadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas.
- **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a las COSTAS de la primera instancia

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

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 05 003 2019 00616 01

SENTENCIA del //05/05/2023

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-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjNxMg2szMNAoUjxssBUhX0B1mJ5VHr_JOkqaA62Fm8pmw?e=alvRGt