



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta (30) de junio dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ASTRID ISABEL ALVAREZ ADARVE
DEMANDADO: AFP PORVENIR S.A. – AFP PROTECCION S.A. – COLPENSIONES
RADICADO: 050013105 016 2021 00128 02
ACTA N°: 51

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por las Magistradas **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **ASTRID ISABEL ALVAREZ ADARVE** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A.** y del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Dieciséis 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 51** 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)** Que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia, del traslado y afiliación del RPM con prestación definida al RAIS administrado para el caso en concreto por la AFP PROTECCION S.A. y por AFP PORVENIR S.A. y se ordene su retorno al RPM administrado actualmente por COLPENSIONES; y se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de administradora de fondo de pensiones realizado entre las AFP PORVENIR S.A. en consecuencia se DECLARE que la DEMANDANTE nunca se trasladó del RPMPD. ORDENE a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los conceptos de aportes, con los rendimientos, las cuotas de administración y el porcentaje destinado al pago de seguro previsional. **ii)** Se CONDENE a COLPENSIONES a recibir y validar los aportes que sean devueltos por PROTECCIÓN S.A., así como su afiliación. **iii)** Que se **CONDENE** en costas procesales a la parte demandada. En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora ASTRID ISABEL ALVAREZ ADARVE nació el cinco (05) de octubre del año 1969, se encuentra

¹ 01PrimerInstancia / Archivo 03 DemandayAnexos.pdf Pág. 1 – 22 PDF

cotizando desde el mes de febrero del año 1988, aportes que inicialmente realizó al RPM hasta 1994, año en el que se trasladó a HORIZONTE S.A. **ii)** La DEMANDANTE se trasladó a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y el día 1 de febrero de 1999 a PROTECCIÓN S.A. con quien acredita 1.574 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad sin que los fondos PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. brindaran una información necesaria, con ventajas, desventajas y riesgos de manera comprensible, de tal forma que su voluntad fuera realmente libre, voluntaria e informada. **iii)** PROTECCIÓN la re-asesoró DEMANDANTE el 12 de septiembre de 2017 sobre la posibilidad de traslado, pero ya le faltaban menos de 10 años para la edad de pensión. **iv)** El 9 de noviembre de 2020 PROTECCIÓN S.A. proyectó la pensión de vejez determinando que podría acceder a una pensión en el RAIS a los 57 años de \$1.079.394, mientras que, en COLPENSIONES a la misma edad, podría acceder a \$3.312.116. **v)** El día 07 de diciembre de 2020 presentó reclamación a COLPENSIONES S.A. por el pago de las pretensiones que se tienen en la demanda.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del RPM se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN.

2.2. AFP PROTECCION S.A.³

En la contestación, la sociedad administradora del RAIS se opuso a todas las pretensiones. Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL RAIS, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICIENCIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENERICA.

2.3. AFP PORVENIR S.A.⁴

² 01PrimerInstancia / Archivo 06MemorialContestaciónColpensiones31-08-2021.pdf Pag 2 – 19 PDF

³ 01PrimerInstancia / Archivo 08MemorialConstestaciónProtección09-09-202.pdf Pág. 1- 28 PDF

⁴ 01PrimerInstancia / Archivo 07MemorialContestaciónPorvenir06-09-2021.pdf Pág. 2 – 26 PDF

La entidad se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas. Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENERICA.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **23 de mayo de 2023** el **JUZGADO DIECISEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁶ **i) DECLARÓ** ineficaz la afiliación de ASTRID ISABEL ALVAREZ ADARVE realizada a PORVENIR S.A. el 11 de julio de 1994. En consecuencia, **DECLARÓ** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en prima media. **ii) ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos** desde la fecha de traslado al RAIS. 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 se expuso en la parte motiva de esta sentencia. Asimismo, Colpensiones deberá recibir los citados conceptos que traslade Porvenir S.A. y Protección S.A. Para el cumplimiento de esta orden se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, término que corre en forma paralela para cada uno de los fondos del RAIS. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante y recibir los dineros que se trasladen por las administradoras del RAIS. Autoriza que realice un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos, de forma que no le genere perjuicio recibir a la demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo; CÁLCULO que consiste en actualizar las cotizaciones aplicando la corrección monetaria sobre la cotización completa, esto en aplicación de las sentencias C789-2002, SU 62-2010, SU 130 -2013 entre otras. **iv)** Se declaran NO probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. y respecto de las excepciones propuestas por Colpensiones se abstiene de resolverlas toda vez que no participó en el acto jurídico que se declara ineficaz y por ende no fue condenada en costas. **v) CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. AFP PORVENIR S.A.⁷

Solicita revocar parcialmente el **numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia respecto de la condena de la **devolución de los gastos de administración, comisiones,**

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 27ActaAsistenciayResolutiva.pdf. PDF

⁶ 01PrimerInstancia / Archivo 26AudienciaAts.77y80CPTSS Min 58:30 – 1:01:00

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 26AudienciaAts.77y80CPTSS Min 1:01:00 – 1:04:33

primas de seguros provisionales y descuento de garantía de pensión mínima debidamente indexada: Está condenándose sin ningún precedente compatible con los rendimientos financieros que también se tienen que devolver y que se hubieran causado en el régimen de prima media con prestación definida, y no existe fundamento legal para imponerlos según la sentencia SL9316 de 2016 , así como sentencias de Sala Laborales de los Tribunales Superiores del Distrito de Cundinamarca, Amazonas y Cali,

4.2. AFP PROTECCIÓN S.A.⁸

Cuestiona de manera concreta el **numeral tercero** al autorizar a COLPENSIONES S.A. a realizar un cálculo de la equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, señalando que PROTECCIÓN S.A. ha causado en la cuenta de ahorro individual de la demandante unos rendimientos por más de 182.991.808, y no puede desconocer el hecho de que esto da cuenta del bien administrado que produjo unos frutos y unas mejoras que dan lugar a que se tenga el capital suficiente para reconocer una mesada pensional en el régimen de prima media. El total de los aportes más los rendimientos que se trasladarían abarcan todo concepto sin que sea necesario acudir al cálculo de la equivalencia al que alude el numeral tercero, decisión que no va de la mano con el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁹ intervino **COLPENSIONES** para solicitar la revocatoria de la sentencia: i) Resalta que Astrid Isabel Álvarez Adarve en la actualidad cuenta con 53 años de edad porque nació el 3 de octubre 1969, por lo que no puede ordenarse el traslado en los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Y agrega que se debe tener presente al momento de proferir la sentencia lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano para señalar que con la decisión se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados según la sentencia T-489 de 2010. ii) Dice que respecto a la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Finalmente aduce que Colpensiones fue un tercero ajeno al contrato celebrado con la AFP PORVENIR S.A, por lo cual solicita no haya condena alguna para la entidad y que se condene a esa AFP entregar el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta del ahorro

⁸ 01PrimerInstancia / Archivo 25Arts77y80 Min 01:04:39 – 01:06:46

⁹ Numeral 1 artículo 13 de la ley 2013 de 2022

individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses, seguros previsionales y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

La apoderada de **PROTECCION** también intervino para reiterar en su integridad los planteamientos invocados al momento de interponer la apelación referido a la autorización que se da a Colpensiones de realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el Régimen de Ahorro Individual insistiendo en que se trata de una orden que no va de la mano con el precedente de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia

Y la apoderada de la activa solicita confirmar la sentencia de primera instancia, concediendo las pretensiones de la demanda tal cual como lo hizo el juez de instancia en su declaratoria de la ineficacia del traslado con las consecuencias a favor de la demandante invocando diversas sentencias de la Sala de Casación Laboral relacionadas con procesos referidos a ineficacia de traslado de régimen, entre ellas **SL19447-2017, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 3464- 2019, SL 1452-2019.**

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A.** y del grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

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

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 la afiliada, 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) ASTRID ISABEL ALVAREZ ADARVE** nació el **05 de octubre de 1969**, por lo que en este momento cuenta con **54 años**¹⁰; **ii)** Se afilió inicialmente al RPMPD en febrero de 1988 donde cotizó 253 semanas hasta el 7 de junio de 1993¹¹ **iii)** Se trasladó a **HORIZONTES S.A.** hoy **PORVENIR S.A.** suscribiendo formulario el 11 de julio de 1994, laboraba en EMPLEAMOS con auxiliar de contabilidad¹² y posteriormente a **PROTECCIÓN S.A.** con fecha de solicitud el 15 de diciembre de 1998¹³.

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 la actora, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como "*la afiliación se hace libre y voluntaria*", "*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*" u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **ASTRID ISABEL ALVAREZ ADARVE**, ésta tenía menos de **35 años** de edad y menos **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el

¹⁰ 01PrimerInstancia / Archivo 03DemandayAnexos.pdf Pág. 29 PDF

¹¹ 01PrimerInstancia / Archivo 08MemorialContestaciónProtección09-09-202.pdf Pág. 44 PDF

¹² 01PrimerInstancia / Archivo 07MemorialContestaciónPorvenir06-09-202.pdf Pág. 75 PDF

¹³ 01PrimerInstancia / Archivo 08MemorialContestaciónProtección09-09-202.pdf Pág. 40 PDF

precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S. el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 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. Lo anterior, en virtud de lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 que sería el aplicable en su caso por estar cotizando al I.S.S.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 55 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de las MUJERES a los 60 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia**. **v)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrándole las claras diferencias en los requisitos de la pensión con los del régimen de prima media como beneficiaria de transición. **vi)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle

cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **ASTRID ISABEL ALVAREZ ADARVE** diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión que se revisa pero solo por las razones de esta providencia.

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado la demandante a otra AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. En efecto en la citada sentencia **SL 3349 de 2021**¹⁴ se indicó 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. Y reiteró:

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 la afiliada 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.

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

¹⁴ Reiterada en la **SL 2521 – 2022**

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**). Por ello, **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR** incluyendo los conceptos que fueran descontados por **HORIZONTES S.A.** antes de la cesión por fusión, efectuaran el traslado en proporción al tiempo de permanencia en cada una. **vi)** 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**); vii) 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 la afiliada hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se **MODIFICARÁ** la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, decisión que no fue cuestionada de manera concreta. **ii)** Al prosperar el recurso de apelación de PROTECCION solo se condenará en esta instancia a cargo de PORVENIR. Agencias en derecho un (1) salario mínimo legal mensual vigente del 2023.

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 **Dieciséis** Laboral del Circuito de Medellín, pero solo por las razones de esta providencia REVOCANDO parcialmente el numeral **TERCERO** que quedará así: Se **ORDENA** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, recibir los dineros que se trasladen por las administradoras del RAIS y actualizar la historia laboral de la demandante, incluyendo los períodos que fueron cotizados en el RAIS.

SEGUNDO: En esta instancia se causan COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho por un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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
SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 050013105 016 2021 00128 02

SENTENCIA del //30/06/2023

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/EnkhumOuldRKp3ZFx7-weX4Bv53cCBBY8b2SudKaZ0domg?e=aaWLL0](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnkhumOuldRKp3ZFx7-weX4Bv53cCBBY8b2SudKaZ0domg?e=aaWLL0)