



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín agosto once (11) de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR
DEMANDADO: COLPENSIONES – PROTECCIÓN S.A.
RADICADO: 050013105 003 2019 00447 01
ACTA N°: 63

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación interpuesto por las Demandadas y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Tercero** 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 63** 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: Se DECLARE la nulidad – ineficacia del traslado de la demandante del RPM, al RAIS., se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes como dispone el art. 1746 del CC. con los respectivos rendimientos que se hubieran causado dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión. Y se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR nació el 15 de enero de 1965. **ii)** Su afiliación al Sistema General de Pensión fue el 15 de julio de 1986 y en el año de 1994 asesores de PROTECCION le brindaron asesoría indicándole que en el fondo privado tenía mejores oportunidades para pensionarse y con más garantías. Se pensionaría antes de la edad requerida en el ISS y con una mesada pensional superior pero nunca le informaron que, al afiliarse al fondo privado disminuiría el monto de la mesada pensional porque está sujeta al reporte

¹ Carpeta 01PrimeralInstancia / Archivo 02 / p. 1-13

de lo ahorrado y mucho menos que su derecho a percibir una pensión estaría en riesgo.

iii) Diligenció formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES negando la posibilidad de trasladarse.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a todas y cada una las pretensiones declarativas y de condena, formuladas dentro del libelo petitorio. Propuso como excepciones las que denominó: FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DEL TRASLADO, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EQUILIBRIO FINANCIERO DEL SISTEMA, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES.

2.2. PROTECCIÓN³

La administradora del Régimen de Ahorro Individual se opuso a las pretensiones declarativas y de condena. Propuso las siguientes excepciones mérito: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INNOMINADA O GENÉRICA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL 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, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN POR FALTA DE CAUSA.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **20 de agosto de 2020** el **JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁵ **i) DECLARÓ** que PROTECCIÓN SA faltó a su deber de información veraz, clara y oportuna a la Sra. BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR al momento de realizar el traslado del RPM al RAIS con solidaridad y a lo largo de la permanencia a dicha afiliación. **ii) DECLARÓ** que por la falta de información y la verificación de condiciones particulares de la demandante la AFP PROTECCIÓN SA le causó lesión efectiva con menoscabo real, al acceso a la seguridad social en pensiones de la demandante. **DECLARÓ** la ineficacia por inaplicación constitucional de la inmersión de la demandante de la demandante al RAIS y que sigue inmersa en el RPM, pero a cargo de la AFP PROTECCIÓN SA. **DECLARÓ** que COLPENSIONES es un tercero absoluto en el acto jurídico de traslado de la demandante a PROTECCIÓN SA, sin

² 01PrimerInstancia / Archivo 02 / Pág. 52-60

³ 01PrimerInstancia / Archivo 02 / Pág. 87 - 108

⁴ 01PrimerInstancia / Archivo 09

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 10.

perjuicio de la ordenes que se le darán en los numerales siguientes. **DECLARÓ** que la AFP PROTECCIÓN SA es responsable profesionalmente por la declaratoria de la ineficacia por inaplicación constitucional que aquí se hace del traslado de la demandante del RPM al RAIS con solidaridad y la consecuente inmersión de la Demandante al RPMPD. **iv) ORDENÓ** a PROTECCIÓN SA que entre el mes siguiente de la solicitud por escrito que la Demandante haga de su pensión de vejez, cuando haya cumplido la edad y el número de semanas cotizadas, adjuntando certificado laboral de retiro, esta entidad, PROTECCIÓN, reconozca, liquide y pague, pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante, en los términos ordenados por la ley 100 del 93, ley 797 del 2003 y demás leyes que modificaren o condicionen. **ORDENÓ** a PROTECCIÓN SA que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague, pensión de vejez a la demandante bajo el RPMPD solicite por escrito a COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial con miras a subrogación pensiones. A su vez COLPENSIONES dentro de los dos meses siguientes al recibo de esta solicitud escrita, elabore evaluación de este cálculo actuarial con miras a subrogación pensional y dentro de dicho tiempo lo presente a PROTECCIÓN y a su vez PROTECCIÓN dentro del mes siguiente al recibo por escrito de la evaluación del cálculo actuarial con miras subrogación pensional de la demandante, lo pague a dicha entidad COLPENSIONES para que esta entidad a partir de allí empiece a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez a la Demandante bajo el RPMPD. **ORDENÓ** a PROTECCIÓN que mientras no pague en su totalidad, real y efectivamente, cálculo actuarial con miras a subrogación pensional a COLPENSIONES dicha entidad, PROTECCIÓN tendrá a cargo la pensión de vejez de la demandante bajo los parámetros del RPMPD. COLPENSIONES asumirá dicha pensión, que desde la fecha y hora en que PROTECCIÓN reconozca y pague en su totalidad, real y efectivamente dicho cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES. **v) AUTORIZÓ** a PROTECCIÓN enjugar parte del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES con la suma de dinero que la demandante tenga en su haber, ahorros del empleador y del trabajador, rendimientos pensionales, bonos pensionales y cualquier otra suma de dinero que llegue a su haber. **vi)** No prosperan las excepciones propuestas por PROTECCIÓN, ni de ausencia de responsabilidad, ni de prescripción, las demás quedan resueltas como se quedan indicado en la parte motiva de esta sentencia. **vii) COSTAS** procesales a cargo de PROTECCIÓN SA.

4. RECURSOS

4.1. COLPENSIONES

Cuestiona los numerales tercero, séptimo y octavo de la sentencia, señalando, en síntesis: i) Invoca el consentimiento informado a favor del afiliado al momento de aceptar su ingreso al fondo señalando que las administradoras de pensiones tienen las obligaciones de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información transparente que le permita al afiliado elegir las mejores opciones que más se ajusten a sus intereses y en ese contexto, la sentencia SL 12136 del 2014 para señalar que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, queda en cabeza de las AFP la

obligación de desvirtuar los supuestos alegados acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado, pero los fondos cuentan únicamente con los formularios de afiliación por lo que la posición jurisprudencial creó una ventaja para los afiliados. ii) En el caso objeto de estudio se presenta la particularidad que la demandante si sabía de la oportunidad que tenía de realizar su traslado antes de cumplir la edad límite, reconociendo en el interrogatorio de parte que en asesoría de PROTECCIÓN en tiempo antes del cumplimiento de 47 años se le dio información sobre los diferentes regímenes pensionarles y se le habló de la opción de regresar a COLPENSIONES. iii) Invoca la sentencia T489 del 2010 para luego cuestionar la orden de hacerse cargo de la pensión de la Demandante quien se encuentra afiliada en PROTECCIÓN e insiste en que el actuar de COLPENSIONES está revestido por la buena fe y siempre con miras a la aplicación estricta de las normas nacionales vigentes y el seguimiento de las directrices institucionales.

4.2. PROTECCIÓN

Luego de invocar el decreto 663 de 1993, el 656 de 1994 y el decreto 720 de 1994, la Ley 1328 de 2009, el decreto 255 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de 2016, así como las sentencias SL 31989 y SL31314 del 8 de septiembre de 2008, SL33083 del 22 de noviembre del 2011, SL46922 de Septiembre de 2014, SL 4964 de 2019, 4989 de 2019, 1452 y 1688 de 2019, señala de que de conformidad con tal precedente reiterado de la CSJ, la consecuencia de la ineficacia es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado, ello implica que la demandante conserva válida su afiliación al RPM, por lo tanto declarada la ineficacia lo que procede es la devolución de la titularidad de los aportes que hubiera recibido PROTECCIÓN durante la vigencia de la aplicación de la demandante. Por lo tanto, otorgar recibimiento de la pensión de vejez de la demandante bajo los parámetros del RPM y posterior subrogación de la misma por parte de COLPENSIONES pasándole un título pensional, no es un efecto propio de la ineficacia, vulnerándose así lo que ha tenido la CSJ en su precedente.

Argumenta que en el proceso no fue pretendido que PROTECCIÓN pagara la pensión de vejez a título de responsabilidad profesional por lo que se está alterando sustancialmente el principio de congruencia y la decisión carece de sustento normativo. Las condenas no pueden ser impuestas, lo decido resulta excesivo, ilegal e inconstitucional, desconociendo totalmente la naturaleza del RAIS en los términos de la sentencia C 086 de 2002. Y en el presente caso no existe certeza respecto de los perjuicios que supuestamente ha sufrido la demandante, ni se demostró el daño ni el nexo causal por lo que no se puede condenar a PROTECCIÓN a pagar la pensión de la demandante a título de perjuicio.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁶ 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 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.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación de PROTECCIÓN y COLPENSIONES, lo que impone efectuar el análisis en el

⁶ numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022

siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

7. 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.

8. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR** nació el **15 de enero de 1965** por lo que en este momento cuenta con **58 años**⁷; **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el 02 de **febrero de 1988** donde cotizó semanas hasta marzo **de 1987**⁸; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL en **PROTECCIÓN S.A.** suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **28 de agosto de 1994**⁹ cuando laboraba como AJUSTADORA DE SINIESTROS en SURAMERICANA DE SEGUROS.

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 02 / Pág. 24

⁸ 01PrimerInstancia / Archivo 02 / Pág. 85

⁹ 01PrimerInstancia / Archivo 02 / Pág. 120

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

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 **BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR**, ésta tenía menos de **35 años** de edad y menos **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., **por ser beneficiaria del régimen de transición** el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 90 % en caso de cotizar 1250 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 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, 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.

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, en el proceso no se efectuó confesión en contra por la señora **BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR**, reiterando a lo largo del proceso las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Sobre el traslado indica que PROTECCIÓN y SURAMERICANA son filiales y se hizo una promoción interna para que los empleados de la segunda se pasaran todos para dicha AFP, entonces todos se pasaron automáticamente como por fidelidad. Dice que les informaron que en protección tenían una ventaja muy grande que era la heredabilidad de la pensión, señala que le dieron una asesoría muy básica, no tiene mucho recuerdo sobre eso, pero no le informaron muy a fondo cuales eran las diferencias. Declara que además del

carácter heredable le hacían énfasis en que era una empresa privada y era más sólida, que aparte de eso era la hermanita de SURA, entonces para ellos eso era demasiado relevante, no recuerda que le hayan explicado qué requisitos debía cumplir para pensionarse en ese régimen de ahorro individual, le contaron que se trataba de una cuenta donde ella se pensionaría con los aportes que realizara más los rendimientos que eso generaba, no le hablaron de las características de ese régimen en comparación con el régimen de prima media, le hablaron de la posibilidad que tenía de pensionarse anticipadamente. Indica que en la época en que cumplió los 47 años estaba en vacaciones, faltando 15 días para cumplirlos fue una persona a su casa en una visita como de 10 minutos y le explicó que tenía que revisar ese tema porque ya no se podría pasar, el asesor le explicó muy someramente en cifras verbales cuál sería su liquidación, ella en ese momento no tenía ninguna información, estaba completamente ignorante entonces no tomó la decisión le dijo al asesor que lo iba a comentar con su esposo y su familia y el 5 de enero le pidió a la compañía que le enviaran el formulario para hacer el traslado, firmó la solicitud y la envió para la empresa, y en el mismo mes de enero le informaron que había sido rechazada, le enviaron “un fichito” donde le decían que había sido rechazada por edad, no sabe que pasó en el transcurso de esos 15 días, si la compañía se pasó unos cuantos días para entregar el formulario.

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 DEL TRASLADO DE REGIMEN** en el caso de la señora **BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR**, por lo que **continúa afiliada sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida**. En adición, debe destacarse que 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 Trabajo¹⁰ al ordenar el pago de la prestación a cargo de PROTECCIÓN y luego de COLPENSIONES trasgrediendo el precedente unificado de la Sala de Casación Laboral para este tipo de procesos.

Debe destacarse que la ADMINISTRADORA DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una

¹⁰ **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**)

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, **PROTECCIÓN S.A.** efectuará la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. vii) Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**) ix) Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Siendo, así las cosas, se MODIFICARÁ la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. decisión que fue no cuestionada. **ii)** Y al prosperar los recursos no se causan costas en esta instancia.

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

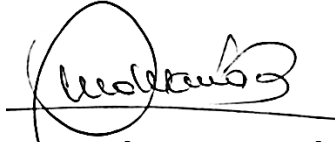
- **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora **BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR** al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PROTECCION S.A.**, suscrita el **28 de agosto de 1994** por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
- **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PROTECCION 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 **PROTECCION S.A.** a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas. 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.
- **ORDENAR** a COLPENSIONES activar la afiliación de la señora **BIVIANA MARÍA GIL BOLIVAR** 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.

SEGUNDO: DECLARAR improbadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas.

TERCERO: Las costas de la primera instancia quedan como se definió en el numeral **DÉCIMO PRIMERO** de la sentencia. En esta instancia no se causaron costas.

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

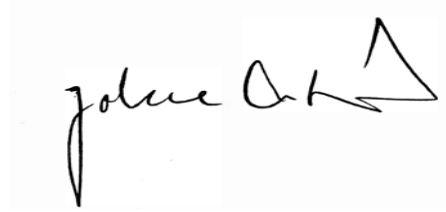
Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

RADICADO: 050013105 003 2019 00447 01

SENTENCIA del //11/08/2023

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/EnNiwaPPKqdHvFD4P9cPhjwBuAeDTjalvAk1FC4LM7jOjA?e=Zfqk0R](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnNiwaPPKqdHvFD4P9cPhjwBuAeDTjalvAk1FC4LM7jOjA?e=Zfqk0R)