



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDGAR ARMANDO MESA MÚNERA
DEMANDADO: AFP PROTECCION S.A. – AFP PORVENIR S.A. – AFP COLFONDOS S.A.
- COLPENSIONES
RADICADO: 05001 31 05 001 2020 00454 01
ACTA N°: 66

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 PÉREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **EDGAR ARMANDO MESA MÚNERA** para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.**, y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Primero 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 66** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se **DECLARE** la ineficacia del traslado que hizo del RPM al RAIS en PORVENIR S.A. y los que hizo posteriormente a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. Y que en consecuencia continúa afiliado al RPM con prestación administrado por COLPENSIONES. **ii)** Se **ORDENE** a PROTECCION que transfiera a COLPENSIONES todas las cotizaciones y aportes voluntarios realizados al RAIS, junto con sus correspondientes rendimientos y reajustes económicos. **iii)** Que se condene en costas a las partes demandadas.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El **DEMANDANTE** nació el día **23 de marzo de 1961**, cotizó **459,57** semanas al **ISS** (hoy COLPENSIONES) desde el día **3 de marzo de 1984** hasta el **25 de septiembre de 1997**. **ii)** Se afilió al RAIS desde el **1 de octubre de 1997** hasta el **30 de mayo de 2002** a **PORVENIR**, cotizando en ese fondo **234** semanas. Afirma que al momento de traslado llegaron unos asesores del

¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 01Demanda / Archivo 03Demanda / Págs. 1 – 9

fondo a su lugar de trabajo a hablarles de los beneficios de trasladarse al RAIS, mientras que en el ISS corrían el riesgo de perder su pensión. Indica, además, que no le explicaron el derecho de retracto, ni se le hicieron proyecciones pensionales. Asegura que la asesoría no fue técnica, ni tuvo buena fe, pues omitió darle información de las desventajas del RAIS. **iii)** El **25 de abril de 2002** solicitó traslado a **COLFONDOS**, el cual se hizo efectivo desde el **1 de junio de 2002** hasta el **30 de septiembre de 2014**, cotizando en ese fondo un total de **629,65** semanas. El traslado lo hizo cuando un asesor de **COLFONDOS** lo invito a afiliarse con la promesa mejores rendimientos, y por tanto una mejor pensión, sin informarle nada nuevo a la asesoría realizada por **PORVENIR**. En todo su tiempo en **COLFONDOS** nunca recibió una re-asesoría que lo hiciera salir del error, y lo hiciera retornar al RPM. **iv)** Solicitó a **PROTECCION** su traslado de **COLFONDOS** el **20 de agosto de 2014**, solicitud aceptada por **PROTECCION** a partir del **20 de agosto de 2014**, y donde se encuentra actualmente. A la fecha de la presentación de esta demanda tiene cotizadas **318,57** semanas. El traslado al igual que los anteriores, fue fruto de la visita de un asesor que le hablo solamente de las bondades del RAIS. **v)** De esta manera, acumula un total de **1641,79** semanas cotizadas al sistema general de pensiones. **vi)** Presento petición a **COLPENSIONES** el **20 de agosto de 2019**, solicitando el traslado al RPM. Solicitud que fue negada con el argumento de que se encontraba a menos de 10 años de la edad para pensionarse. **vii)** Presentó derecho de petición a **PROTECCION** el **13 de febrero de 2020**, solicitando dejar sin efectos su traslado al RAIS, proyección pensional, historia laboral, copia de formulario de afiliación a dicho fondo y copia de re asesorías realizadas. **PROTECCION** respondió el **19 de febrero de 2020**, indicando que la afiliación se presumía valida, que no le corresponde a ella determinar si hubo vicios del consentimiento, y que no es posible el traslado por faltar menos de 10 años para la edad de pensión. **viii)** Realizó una comparación de las mesadas pensionales que tendría tanto en el RAIS, como en el RPM, siendo en este último sustancialmente más alta.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR S.A.²

La entidad se **opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda**. Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.2. COLFONDOS S.A.³

La entidad se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condena en las que se le involucre. Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR

² Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 07ContestacionPorvenir / Archivo 02Contestacion / Págs. 1 – 26

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 05ContestacionColfondos / Archivo 02Contestacion / Págs. 1 – 13

AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

2.3. PROTECCION S.A.⁴

La AFP se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda y en especial a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al RAIS. Propuso como excepciones las que denomino: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS 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 DECLARARA 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, PRESCRIPCIÓN, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.4. COLPENSIONES⁵

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones contenidas en el libelo petitorio. Propuso como excepciones las siguientes: INEXISTENCIA DE NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, IMPROCEDENCIA DE LA AFILIACIÓN, AUSENCIA DE REQUISITOS PARA TRASLADARSE DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, EXCEPCIÓN INNOMINADA.

3. SENTENCIA⁶

En la audiencia del **15 de MARZO de 2023** la **JUEZ PRIMERA LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁷: **i) DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que solicitara el accionante EDGAR

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia / Subcarpeta 08ContestacionProteccion / Archivo 02Contestacion / Págs. 1 – 22

⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia / Subcarpeta 06ContestacionColpensiones / Archivo 02Contestacion / Págs. 1 – 15

⁶ Carpeta 01PrimeraInstancia / Subcarpeta 26AudCompleta / Archivo 01AudCompleta

⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia / Subcarpeta 26AudCompleta / Archivo 01AudCompleta / Enlace [Carpeta 01PrimeraInstancia / Subcarpeta 26AudCompleta / Archivo 01AudCompleta](#) / Min. 00:27:36 – 00:30:55

ARMANDO MESA MÚNERA el día 29 de septiembre de 1997 con la AFP PORVENIR S.A., así como el posterior traslado entre administradoras del mismo régimen con la AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. **ii) ORDENÓ** a COLPENSIONES tener al demandante válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y homologar las semanas cotizadas por éste al RAIS, previo recibo del correspondiente saldo de la cuenta como se indicará a continuación. **iii) ORDENÓ** a PROTECCION S.A. trasladar en un término máximo de 30 días el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual pensional del demandante a Colpensiones junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados como se dijo en la parte considerativa. **iv) ORDENÓ** a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar en un término máximo de 30 días a COLPENSIONES los porcentajes descontados al demandante, durante su vinculación a cada AFP, por gastos de administración 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, discriminados como se dijo en la parte considerativa. **v) DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **CONDENÓ** en costas a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a favor de EDGAR ARMANDO MESA MÚNERA. Se **ABSTUVO** de condenar en costas a PROTECCION S.A. y COLPENSIONES.

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

El disenso es parcial, solo en contra del **numeral cuarto** de la sentencia bajo las siguientes argumentaciones: **i)** En primer lugar, invoca el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y el artículo 113 en su literal b), para señalar que lo en ellos dispuesto impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma porque no están destinadas a financiar la prestación del afiliado, por lo que la condena a pagar valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa en favor del afiliado, de COLPENSIONES y del Estado. **ii)** Determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o primas de seguros previsionales, es ordenar a una compañía de seguros a que, si no se presenta el siniestro amparado, se devuelva el valor de la póliza pagada. Y resalta que el demandante efectuó un traslado horizontal en el año 2003 hacia COLFONDOS, por lo que PORVENIR S.A. trasladó la totalidad de aportes y el dinero de la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que no se cuenta en la actualidad con suma pendiente alguna de traslado. **iii)** Y respecto de la condena de manera indexada resaltar que es improcedente de acuerdo a lo contemplado en sentencia C 161 de 2010, porque el demandante estuvo afiliado a PORVENIR SA desde el año 1997 hasta finales del año 2002 y su cuenta de ahorro individual no estuvo afectada por la condición

⁸ Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 26AudCompleta / Archivo 01AudCompleta / Enlace Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 26AudCompleta / Archivo 01AudCompleta / Min. 00:31:29 – 00:34:46

inflacionaria de la economía y por el contrario se generaron rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida por el legislador para las cuentas de ahorro individual. Por lo que resulta incompatible ordenar su indexación, agregando que el DEMANDANTE ya no se encuentra activo afiliado con PORVENIR S.A.

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**¹⁰. El apoderado solicita la revocatoria de la sentencia, señalando, en síntesis: i) Se puede evidenciar del interrogatorio la negligencia del demandante con respecto a consultar su situación pensional, por lo tanto a partir de sus obligaciones como consumidor financiero y dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, en el caso se presentó un error de derecho que no vicia el consentimiento por lo que su afiliación al RAIS resulta ser totalmente válida. Además, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 haciéndose imposible tenerlo como afiliado al RPM, pues tal situación contravendría el PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA acarreado una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES - Acto Legislativo 01 de 2005. ii) En cuanto a la carga de la prueba invoca el artículo 167 del C.G.P y la sentencia C 086 de 2016 y el Decreto 2241 de 2010 para señalar que en el proceso no se aportan pruebas suficientes que acrediten la existencia de un vicio en el consentimiento. iii) Y que en caso de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y la consecuente ineficacia del traslado, se debe garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones. (Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, Rad. 56174). iv) Finalmente hace alusión a la prescripción extintiva de la acción laboral que debe aplicarse porque las infancias de traslado no gozan de aquella imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social y en el caso aquí debatido han pasado más de tres desde el cambio de régimen pensional y la fecha en que la actora podía regresar al RPM.

El apoderado de PORVENIR a su turno, solicita **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVERLA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, solicitud que deviene extemporánea porque de acuerdo a lo definido en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo modificado por el 10 de la Ley 1149 de 2007, la oportunidad procesal para interponer recurso de apelación es oralmente en la audiencia en que fue proferida la sentencia mediante sustentación estrictamente necesaria y allí mismo se concederá si es procedente. Así, se advierte que en la audiencia del pasado **15 de marzo PORVENIR** solo cuestionó lo relativo a la condena a **las sumas a devolver**,

⁹ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022/ 04AutoAdmiteCorreTraslado

¹⁰ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 05AlegatosColpensiones / Págs. 1 – 3

aspecto en el que recaba en esta instancia: **a)** Invoca el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1746 del C.C. así como la sentencia para concluir razonablemente que solo se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. **b)** Invoca los artículos 1746 y 964 del Código Civil, así como sentencia de la Sala de Casación Civil (*sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01*) para señalar que en atención al principio de la congruencia de la sentencia al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a "restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES", los rendimientos financieros que logró por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS. **c)** Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada. **d)** Y sobre la indexación de las condenas invoca la sentencia C- 00161 del 2010 de la que transcribe apartes t de la sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, así como providencias del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso sobre el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.**, y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de 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 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) EDGAR ARMANDO MESA MÚNERA** nació el **23 de marzo de 1961**, por lo que en este momento cuenta con **62 años**¹¹. **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S el **3 de marzo de 1988** entidad en la que cotizó 460 semanas hasta **septiembre de 1997**¹². **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **PORVENIR S.A** el **29 de septiembre de 1997**, trabajaba para la Universidad de Medellín como Docente¹³. Luego se trasladó a la **AFP COLFONDOS S.A.** el **25 de abril de 2002**¹⁴, y finalmente se trasladó a **PROTECCION S.A.** el **20 de agosto de 2014**¹⁵, donde se encuentra actualmente.

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).

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 **EDGAR ARMANDO MESA**

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 01Demanda / Archivo 03Demanda / Pág. 132

¹² Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 06ContestacionColpensiones / Archivo 02Contestacion / Pág. 45

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 07ContestacionPorvenir / Archivo 02Contestacion / Pág. 75

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 01Demanda / Archivo 03Demanda / Pág. 25 o Archivo 03 página 14

¹⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Subcarpeta 08ContestacionProteccion / Archivo 02Contestacion / Pág. 82

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

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 62 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el Régimen de Prima Media (I.S.S.). **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 el señor **EDGAR ARMANDO MESA MÚNERA**, quien a lo largo del proceso ha sido enfático 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 de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado el demandante a otra 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.

Y tampoco se comparte el análisis referido **al monto de la pensión de vejez en cada régimen**. Sobre el particular, 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.

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 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, **PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.**, efectuarán 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**). **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. Así, en este aspecto se **MODIFICARÁ y ADICIONARÁ** la providencia que se revisa.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión el DEMANDANTE alcanzó los 62 años, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual del señor **MESA MÚNERA**. 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, PROTECCION 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 1° del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2° hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones. Así, **se adicionará la providencia.**

8. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., decisión que no fue cuestionada por estas entidades. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso de apelación de PORVENIR estarán a su cargo y a favor de la activa. Agencias en derecho un (1) s.m.l.m.v.

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: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado **Primero** Laboral del Circuito de Medellín con las siguientes MODIFICACIONES:

- El numeral **TERCERO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PROTECCION S.A.** debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por el señor **EDGAR ARMANDO MESA MÚNERA** junto con los rendimientos financiero y a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: **CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, **en proporción a tiempo de permanencia.** 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.

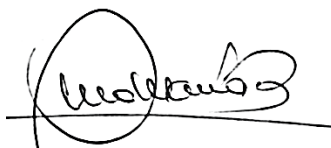
Y se ADICIONA, porque en caso de haberse redimido el bono pensional tipo A del demandante, se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO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

- Así mismo, se **CONDENA** a **PORVENIR S.A** y **COLFONDOS 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 y con cargo a sus propios recursos, **en proporción a tiempo de permanencia**. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: En esta instancia se condena en **costas en esta instancia** a PORVENIR estarán a su cargo y a favor de la activa. Agencias en derecho un (1) s.m.l.m.v.

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

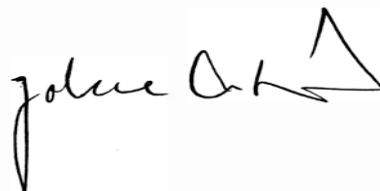
Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ