



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA
DEMANDADO: COLPENSIONES – PORVENIR S.A.
RADICADO: 05001 31 05 010 2021 00179 01
ACTA N°: 74

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 del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA** para pronunciarse en virtud los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Décimo 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 74** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se DECLARE la nulidad – ineficacia del traslado de la señora DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA del seguro social, al RAIS administrado por PORVENIR S.A., que no tuvo una asesoría correcta, que le asiste derecho a regresar al RPM y que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES RPM con prestación definida y sin solución de continuidad. **ii)** Se CONDENE a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de aportes, incluyendo los rendimientos, y sin ningún descuento por cuota de administración. A COLPENSIONES a recibir estas sumas y a reactivar su afiliación al RPM con prestación definida. **iii)** Se CONDENE a las demandadas al pago de las costas del proceso y a lo demás que resulte probado. **iv)** Como condena subsidiaria en caso de que no se declare la ineficacia del traslado, que se CONDENE a PORVENIR a reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que hubiere recibido si estuviese en el RPM.

¹ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 06EscritoDemandaSubsanada

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA nació el 27 de junio de 1959. Cotizó un total de 260 semanas en el RPM entre el 20 de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1994, desde su afiliación al RAIS ha cotizado 1334, para un total de 1594 semanas en toda su vida laboral. **ii)** Se trasladó a HORIZONTE el 10 de noviembre de 1994, luego a PORVENIR y finalmente regresó a HORIZONTE, donde ha permanecido hasta la fecha. **iii)** Indica que al momento del traslado la AFP omitió darle información relevante sobre las condiciones pensionales que tendría en el RAIS, y las diferencias de estas con las del RPM. También alega que no le brindaron re-asesoría antes de cumplir los 47 años. Mediante oficio del 22 de febrero, PORVENIR le realizó una proyección pensional a la DEMANDANTE, además le manifestó que declarar la nulidad de la afiliación no era jurídicamente procedente. **iv)** Realizó reclamación a COLPENSIONES el 8 de febrero de 2021 pidiendo la nulidad de la afiliación al RAIS, el traslado al RPM, y reconocimiento de la pensión de vejez en ese régimen, solicitudes a las que la entidad respondió de manera negativa. La mesada pensional que recibiría en el RPM es superior a la que recibiría en el RAIS.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a todas las pretensiones formuladas en el escrito de demanda, por no encontrarse soportes facticos y legales para acceder al reconocimiento de estas. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR; AUSENCIA DE PRUEBA DE ENGAÑO, EQUIVOCADA INFORMACIÓN Y PERJUICIO PADECIDO; INDEBIDA APLICACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA ADICIONADO POR EL ARTICULO 01 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; INNOMINADA O GENÉRICA; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; COMPENSACIÓN; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

2.2 PORVENIR S.A.³

La entidad se **opuso a todas y cada una de las peticiones** formuladas en la demanda que pretendan hacer recaer sobre ella cualquier consecuencia jurídica o económica, y solicitó al despacho se le absolviera de todas y cada una de ellas. Propuso como excepciones las que denominó: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.

² Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 11ContestacionDemandaColpensiones / Págs. 31 – 57

³ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 12ContestacionDemandaPorvenir /Págs. 2 – 38

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **13 de marzo de 2023** el **JUEZ DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁵ **i) DECLARÓ** ineficaces los cambios del sistema pensional que realizó DORA LUZ SANTANA SANTAMARÍA al trasladarse al RAIS proveniente del RPM y de contera declarar la ineficacia de todas las afiliaciones surtidas por ella dentro de administradoras del RAIS; en consecuencia, declarar que ha permanecido afiliados sin solución de continuidad al RPM administrado hoy por COLPENSIONES. **ii) CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes frutos e intereses y rendimientos financieros, así como los bonos pensionales si se hubiesen redimido, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, **estos últimos debidamente indexados** a la fecha de entrega al RPM. La indexación cobijara entonces lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. Al momento de cumplirse estas órdenes, 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. **iii) CONDENÓ** a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas que lleguen a causarse en el sistema de protección social. **iv) ABSOLVIÓ** a PORVENIR S.A. de la pretensión encaminada al pago de indemnización de perjuicios, pero la **CONDENÓ** en costas a favor de la demandante

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. PORVENIR S.A.⁶

Con el recurso se pretende la revocatoria de la sentencia: **i)** Frente a la declaratoria de ineficacia de traslado plantea que no existen razones fácticas ni jurídicas, de la prueba se puede concluir que la decisión fue efectuada de forma libre y voluntaria al suscribir tres formularios ratificando su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual.

La demandante es abogada, por lo que no es cierto que no tenga conocimiento sobre los sistemas pensionales y que no era consciente de la decisión que estaba tomando y

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 25ActaAudiencia

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo

24Audiencia_05001310501020200036700_L050013105010CSJVirtual_01_20230313_083000_V
03_13_2023 04_20 PM UTC / Min. 02:26:22

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo

24Audiencia_05001310501020200036700_L050013105010CSJVirtual_01_20230313_083000_V
03_13_2023 04_20 PM UTC / Min. 02:34:32

se están imponiendo a PORVENIR cargas que no existían para el momento del traslado en 1994, porque brindó la información de carácter verbal. La demandante durante el tiempo de afiliación no radicó algún tipo de inconformidad. **ii)** Sobre las sumas a trasladar, que se revoque la condena respecto a los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada; los gastos de administración generaron frutos y rendimientos, los seguros se destinaron a un tercero que es una aseguradora. **iii)** Que se revoque la condena a indexar estas sumas, porque se ordenó también trasladar rendimientos financieros, lo que supone una doble condena y un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES. **iv)** En cuanto a la condena en costas, PORVENIR siempre ha obrado de buena fe acorde con la normatividad vigente.

4.2. COLPENSIONES⁷

Solicita la revocatoria total de la sentencia, señalando: i) Respecto a la declaratoria de ineficacia: Dice que la afiliación efectuada al RAIS goza de plena validez, lo que se evidencia es una inconformidad con la mesada pensional, en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, señalando que la obligación de acudir a la institución de la carga dinámica de la prueba debe ser de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto y los principios generales que impone la ley 1567 de 2012 (C-086 de 2016). Con la decisión se genera una afectación al equilibrio económico del sistema financiero del RPM, porque permanece varios años en el RAIS y pretende por motivos económicos regresar, señalando que de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, se encuentra inmersa en esta prohibición. ii) Sobre las sumas a trasladar dice que sea todo el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, sin ningún tipo de descuentos, ya sea gastos de administración, seguros previsionales, primas de seguros y la prima de seguro de FOGAFIN, además de devolver el porcentaje correspondiente al fondo de garantías mínimas.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸ los apoderados de las partes intervinieron oportunamente insistiendo en los argumentos de los recursos:

El apoderado de **COLPENSIONES**⁹ **i) En relación con la declaratoria de ineficacia de traslado argumenta: a)** Que la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en razón a que no cumple con lo preceptuado por el

⁷ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo
24Audiencia_05001310501020200036700_L050013105010CSJVirtual_01_20230313_083000_V
03_13_2023 04_20 PM UTC / Min. 02:38:46

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

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 06AlegatosColpensiones

artículo 167 del código general del proceso, señalando que la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal encabeza del demandante. Y que esta posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados porque su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso. Invoca así la sentencia C 086 de 2016 para señalar que no pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa. b) Que tampoco se pueden desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Y que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de **COLPENSIONES**, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación, lo que igualmente violenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema. Invoca así el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 334 de la Carta para apelar al respeto del principio de sostenibilidad financiera y el salvamento de voto a la sentencia SL 88720 – 2021. **ii) Sobre las sumas a devolver** transcribe apartes de la sentencia SL 4360-2019 y cita las siguientes: SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019. **iii) Finalmente**, al respecto de las costas señala que no tiene soporte una condena por este hecho, pues la entidad ha obrado de buena fe, y actúa según lo ordena la característica filosófica de sus funciones, sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por las leyes y menos violar sus propios reglamentos razón por la cual no debería estar llamado a pagar costas o agencias en Derecho, ni condenarse en costas en segunda instancia porque está solicitando una adición al fallo de segunda instancia que va en PRO de una sentencia que si ha de salir desfavorable será concreta con lo relacionado a los valores y conforme al principio de la estabilidad financiera del sistema general de pensiones.

La apoderada de **PORVENIR S.A.**¹⁰: **i) Declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS:**

a) Expresa que al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y

¹⁰ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 10AlegatosPorvenir

sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. **b)** Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este. **c)** Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL16882019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. **ii) Los valores recibidos con motivo de la afiliación:** **a)** Solicita que no se condene al traslado de los pagos de primas por seguros previsionales, aportes para garantía de pensión mínima, así como gastos de administración, pues las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. **b)** Adicionando que atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. **c)** se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. **d)** Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS. **iii) Condena en costas:** Su representada siempre obró de buena fe, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de su representada.

La parte **DEMANDANTE**¹¹ solicita la confirmación de la sentencia invocando la aplicación de lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

¹¹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 12AlegatosDemandante

Justicia en sentencia 46292 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la doctora ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERON.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y en 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 de la 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 ésta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015,** pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil,** la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de

haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA** nació el **27 de junio de 1959** por lo que en este momento cuenta con **64 años**¹²; **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **20 de enero de 1989**

¹² Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 02Demanda / Pág. 15

donde cotizo 137,86 semanas¹³; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL en HORIZONTE suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **10 de noviembre de 1994**¹⁴ cuando laboraba como PROFESIONAL EN INGRESOS PÚBLICOS en la DIAN. Posteriormente se trasladó a PORVENIR el **18 de marzo de 1999**¹⁵. Y finalmente volvió a HORIZONTE el **15 de junio de 2010**¹⁶, hoy PORVENIR.

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:32:37 PM
Afiliado: CC 31193823 DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31193823							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-11-10	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			1994-12-01	1999-04-30
Traslado de AFP	1999-03-18	2004/04/16	PORVENIR	HORIZONTE		1999-05-01	2000-07-31
Traslado de AFP	2000-06-15	2004/04/16	HORIZONTE	PORVENIR		2000-08-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31193823						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1994-11-10	1996-06-13	01	AFILIACION	HORIZONTE		
1999-03-18	1999-04-12	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	HORIZONTE	
2000-06-15	2000-07-11	79	TRASLADO AUTOMATICO	HORIZONTE	PORVENIR	

17

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 **DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA**, ésta tenía menos de **35 años** de edad y menos **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápite 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**

¹³ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 11ContestacionDemandaColpensiones / Pág. 58

¹⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 02Demanda / Pág. 16

¹⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 12ContestacionDemandaPorvenir / Pág. 53

¹⁶ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 02Demanda / Pág. 17

¹⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 12ContestacionDemandaPorvenir / Pág. 109

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.

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 **DORA LUZ SANTANA SANTAMARIA**, 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, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

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

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

tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ 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.** 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 CONFIRMARÁ la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A. decisión que fue cuestionada. **ii)** Y respecto a las **costas en**

esta instancia al no prosperar el recurso de apelación de PORVENIR S.A serán a su cargo. Agencias en derecho 1 salario mínimo legal mensual vigente.

8. LA DECISIÓN

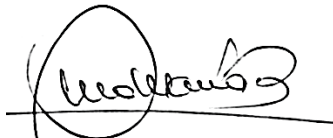
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín

SEGUNDO: En esta instancia se causan costas a cargo de PORVENIR S.A a favor de la demandante. Agencias en derecho 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.

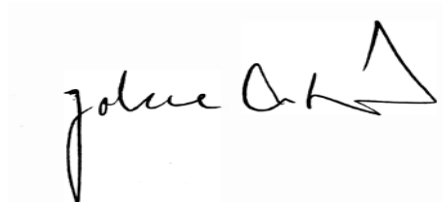
Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ