



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: DALILA BERMUDEZ MEJÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICADO: 050013105 003 2019 00437 01
ACTA N°: 81

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 **DALILA BERMUDEZ MEJÍA** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última entidad, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 81** 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 de **manera principal:** **i)** Que se **DECLARE** la **INEFICACIA** de la afiliación al RAIS, administrado por PORVENIR S.A. **ii)** Que se reactive su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. **iii)** Que se **ORDENE** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y sumas recibidos en la cuenta de ahorro individual junto con la respectiva rentabilidad, bonos pensionales, y porcentajes de administración debidamente indexados. Y a COLPENSIONES a recibir las sumas anteriormente mencionadas, y actualizar su historia laboral. **iii)** Se **CONDENE** a los demandados las costas procesales, y a lo ultra y extra petita.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** DALILA BERMUDEZ MEJÍA nació el 21 de enero de 1967. Inicialmente se afilió al RPMPD el 11 de octubre de 1990, en donde cotizó 322,29 semanas hasta el 31 de marzo de 1997. **ii)** Efectuó

¹ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 01DemandaDigital2019043700_C001(001) / Págs. 1 – 13
Pág. 1

traslado a HORIZONTE, hoy PORVENIR, el 7 de noviembre de 1996. Afirma que nunca le informaron con claridad las consecuencias, ventajas y desventajas de ese traslado, faltando de esta manera al deber de información y verdad. Adicionalmente, indica que no tuvo libertad de elección, pues no se le permitió escoger el régimen ni fondo en el cual quería estar. Manifiesta que, de habersele informado y explicado las consecuencias del traslado de régimen, no lo hubiera efectuado, o hubiera retornado antes de los 47 años. **iii)** Solicitó a PORVENIR mediante un derecho de petición documentación y la ineficacia del traslado, la cual fue denegada mediante comunicado del 06 de mayo de 2019. Mientras que, sobre la documentación, manifestaron que las asesorías se realizan verbalmente y por tanto no contaban con documentación de esta. **iv)** Una Proyección pensional muestra que su mesada pensional en el RPM sería más elevada a la que recibiría en el RAIS.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR S.A.

En la contestación la entidad se opuso² a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma que aparecen formuladas en la demanda, y solicitó se le absuelva de cada una de ellas.

Propuso como excepciones³: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.2. COLPENSIONES.⁴

En la contestación la entidad **se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones** contenidas dentro del libelo petitorio, en síntesis, por carecer de fundamento fáctico, legal y probatorio.

Propuso para su defensa las excepciones que denominó: FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR; BUENA FE DE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS; INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DESARROLLADO EN EL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005; EXCEPCIÓN INNOMINADA.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **02 de MARZO de 2023** el **JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁶: **i) DECLARÓ** que AFP PORVENIR S.A. no

² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 06ContestacionPorvenir20190043700_C001(006) / Págs. 16 – 27

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 07ContestacionPorvenir20190043700_C001(007) / Págs. 1 – 10

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 04ContestacionColpensione0320190043700_C001(004) / Págs. 1 – 13

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 26ActadetrámiteyJuzgamiento

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 27Video-05001310500320190043700_R050013105003CSJVirtual_01_20230302_140000_V 03_02_2023 08_52 PM UTC (1) / Min. 01:32:45

demonstró haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor de DALILA BERMUDEZ MEJÍA cuando esta se trasladó ni tampoco demostró que a lo largo de la afiliación le diera información clara, veraz y oportuna que le mostrara a éste las circunstancias que le hicieran más favorable permanecer en el RAIS antes que en el RPMPD. **DECLARÓ** que AFP PORVENIR S.A. le causó grave menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones. **DECLARÓ** la inaplicación constitucional (art. 53 C.P. y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPMPD causado por AFP PORVENIR S.A. y que la demandante sigue inmersa en el RPMPD pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A. **ii) ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin perjuicio de las órdenes que se le darán enseguida. **iii)** Consecuencial a las anteriores declaraciones, **ORDENÓ** a la AFP PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite por escrito la demandante, le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPMPD y que dentro del mes siguiente solicite a COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. ORDENA a COLPENSIONES que elabore el cálculo actuarial y lo presente a AFP PORVENIR S.A. quien debe proceder a su pago real y efectivo. Y que hasta no realice tal pago sigue obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante. **iv) AUTORIZÓ** a la AFP PORVENIR S.A. a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional tomando para sí los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de la demandante. **v)** No prosperan las excepciones propuestas por la demandada AFP PORVENIR S.A. Prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP PORVENIR S.A. a dicha entidad COLPENSIONES a la que absuelve de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que se le han dado. **vi)** Condenó en costas procesales a PORVENIR S.A. AFP.

4. RECURSOS DE APELACION

4.1. PORVENIR S.A.⁷

La apoderada solicita lo siguiente: i) Que se acoja la línea jurisprudencial trazada por la CSJ como consecuencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, para ordenar a la AFP trasladar los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con a los rendimientos financieros en los términos del artículo 113, literal b), de la ley 100 de 1993, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos financieros, sin que pueda ordenarse la devolución de sumas diferentes a las referidas en esa normatividad. ii) Y si se considera que se deben retornar gastos de administración y primas de seguros previsionales, se tenga en cuenta que estos están sujetos entonces al fenómeno de la prescripción previsto en el artículo 488 del CST, y 151 del CPTSS. iii) finalmente señala que será una doble que

⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 27Video-05001310500320190043700_R050013105003CSJVirtual_01_20230302_140000_V 03_02_2023 08_52 PM UTC (1) / Min. 01:39:01

se le ordenara además reintegrar estos valores indexados, porque los rendimientos financieros obtenidos superan la pérdida del poder adquisitivo

4.2. COLPENSIONES⁸

Solicita en el recurso lo siguiente: **i)** revocar de manera parcial los numerales séptimo y octavo respecto al título de subrogación, para que se acoja el precedente jurisprudencial en el entendido que COLPENSIONES no participó en el acto jurídico de traslado y sus efectos no la pueden afectar señalando que inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por los más de 20 años que ha estado la demandante en el RAIS. **ii)** Si se declara que existe ineficacia, se modifique y se condene al fondo privado a entregar a COLPENSIONES el total de los valores cotizados, y/o depositados en la cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones de bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos específicos completos que generen los recursos en el RAIS, intereses, cuotas de administración, aportes de garantías de pensión mínima, aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de FOGAFIN, los seguros de invalidez, sobrevivencia y cualquier otro concepto ha consideración del despacho, debidamente indexados, de conformidad con la sentencia SL782 del 2021, SL3202, SL 3709, SL3710, SL3769 del 2021.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁹, los apoderados de las partes intervinieron de manera oportuna:

La apoderada de **COLPENSIONES** replica los argumentos del recurso¹⁰ solicitando se **MODIFIQUE** el fallo por la primera instancia y en caso de dar aplicación a la línea jurisprudencial y declarar la ineficacia se condene entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos específicos completos que generaron los recursos en la RAIS, intereses, cuotas de administración, aportes de garantía de pensión mínima, aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin **indexados** de conformidad con la sentencia **SL 782 de 2021 y SL 3202, SL 3709, SL3710, SL 3769 de 2021**; en concordancia con lo normado en el **artículo 20 de la Ley 100 de 1993**, pues dichos

PORVENIR S.A. interviene solicitando **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVERLA** de todas y cada una de las

⁸ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 27Video-05001310500320190043700_R050013105003CSJVirtual_01_20230302_140000_V 03_02_2023 08_52 PM UTC (1) / Min. 01:42:52
⁹ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022
¹⁰ Carpeta 02SegundaInstancia/ Archivo 09AlegatosColpensiones

pretensiones incoadas en la demanda, planteando en síntesis¹¹: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia del traslado:** a) Que en este asunto no se alegó ni probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Tampoco se acreditan los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 ni del artículo 897 del Código de Comercio, y agrega que pese a lo diáfano de las normas, “la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional” e insiste en que en este asunto **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, destacando que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico (arts. 243 y 244 del CGP y parágrafo del art. 54A del CPT, artículo 114 de la 100 de 1993 y artículos 246 y 272 del CGP) . b) **PORVENIR S.A.**, como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media. La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. PORVENIR aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el. c) Cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, PORVENIR únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados. Invoca la sentencia **SL1637-2022**. d) Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de las pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S. el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil relacionadas con la validez de los negocios jurídicos (artículo 1602 del Código Civil). A continuación, plantea la diferencia legal de la ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y sus efectos. **ii) Sobre las sumas a devolver:** a) Invoca el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1746 del CC 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

¹¹ Carpeta 02SegundaInstancia/ Archivo 13AlegatosPorvenir

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.

La apoderada de la activa a su turno¹² quien se abstuvo de interponer recurso de apelación, ya en esta instancia habiendo precluido la oportunidad para hacerlo, solicita se MODIFIQUE la decisión en el sentido de fallar conforme a las peticiones solicitadas con la demanda, es decir, se declare la ineficacia del traslado de la demandante ante Porvenir, dando aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para que la afiliación ante la AFP Porvenir quede sin efecto

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última entidad 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. En segundo lugar, se analizará en el CASO CONCRETO si debe REVOCARSE la DECISION adoptada en primera instancia y en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE y que esta se encuentra afiliada a COLPENSIONES sin solución de continuidad, y en qué términos debe ser la orden a PORVENIR S.A. en relación con las sumas a trasladar a la administradora del régimen de prima media.

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

¹² Carpeta 02SegundaInstancia/ Archivo 11AlegatosDemandante

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° 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: **Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL19447 de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL 3199, SL 3202 de 2020, SL 3676 de 2020, SL 081 -2021, SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021** 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)** **DALILA BERMUDEZ MEJÍA** nació el **21 de enero de 1967** por lo que en este momento cuenta con **56 años**¹³. **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** el **11 de octubre de 1990**¹⁴. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por **HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.** – con solicitud de afiliación del **07 de noviembre de 1996** – en ese entonces trabajaba en BANCO GANADERO como AUXILIAR DE OPERACIONES NACIONALES¹⁵.

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

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01DemandaDigital2019043700_C001(001) / Pág. 22

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia/ Archivo 02Demanda0320190043700_C001(002) / Pág. 12

¹⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 02Demanda0320190043700_C001(002) / Pág. 26

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 **DALILA BERMUDEZ MEJÍA**, esta tenía menos de **35 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 la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares**, **y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

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 57 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 **debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. **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 **DALILA BERMUDEZ MEJÍA**, reiterando a lo largo del proceso las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. 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 **DALILA BERMUDEZ MEJÍA**, 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 Trabajo¹⁶ al ordenar el pago de la prestación a cargo de COLFONDOS y luego de COLPENSIONES trasgrediendo el precedente unificado de la Sala de Casación Laboral para este tipo de procesos.

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 SL 1421 de 2019, 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

¹⁶ **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)

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 ahorrado, junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración **obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES**. **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.** efectuara la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliada la demandante. **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, al respecto las sentencias **CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996**. **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 y SL 3709-2021**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas**

debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, tal y como lo solicitó la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de apelación. 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.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia sólo se CONDENÓ en COSTAS a **PORVENIR S.A.** decisión que no fue cuestionada de manera concreta por esta entidad. **ii)** Y al prosperar los recursos de apelación, en esta instancia no se causaron costas. (**artículo 365 CGP numerales 1 y 3**)

8. LA DECISIÓN

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

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

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora **DALILA BERMUDEZ MEJÍA** identificada con c.c. 42.771.995 al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. suscrita el 07 de noviembre de 1996, 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 **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los **30 días siguientes** a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto los rendimientos financieros.**

Y se **CONDENA** a **PORVENIR 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 **DALILA BERMUDEZ MEJÍA** 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.

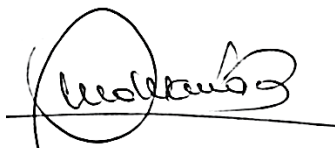
SEGUNDO: DECLARAR improbadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas.

TERCERO: Confirmar el numeral **DÉCIMO PRIMERO** por las razones de esta providencia

CUARTO: 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

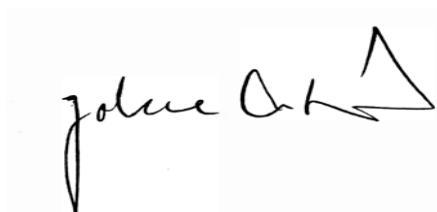
Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ