



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, ocho (8) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: KATHERINE ORREGO TAMAYO
DEMANDADO: AFP PROTECCION S.A. - AFP PORVENIR S.A. - AFP COLFONDOS S.A.
- COLPENSIONES
RADICADO: 05001 31 05 016 2022 00184 01
ACTA N°: 14

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS**¹, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **KATHERINE ORREGO TAMAYO** para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por **PROTECCION S.A, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 14** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA²

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se **DECLARE** la ineficacia de la filiación y del traslado del RPMPD al RAIS con PORVENIR S.A, COLFONDOS SA Y PROTECCION S.A por haberse obtenido de forma engañosa, sin la debida información, sin la adecuada asesoría. **ii)** Se **DECLARE** que la siempre estuvo y que actualmente sigue vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES en calidad de afiliada. **iii)** Se **ORDENE** a PORVENIR S.A,

¹ La Magistrada María Patricia Yepes García integrante de la Sala Sexta de Decisión de este Tribunal presentó impedimento para continuar actuando en este proceso con auto del 29 de agosto de 2023, que fue aceptado el 27 de septiembre de siguiente, oportunidad en la que se consideró procedente recomponer la Sala con el Magistrado John Jairo Acosta Pérez; decisión que se deja sin efecto de acuerdo con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico ante la nueva composición de la Sala y al no presentarse diversidad de criterio entre los otros dos integrantes de la Sala.

² Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 03DemandayAnexos / Págs. 1 – 6

COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A a trasladar los aportes junto sus rendimientos a COLPENSIONES. **iv)** Se **DEBE** condenar a las demandadas de forma solidaria, separada o conjunta al pago de las costas y agencias en derecho que por esta Litis se causen.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La DEMANDANTE nació el 07 de noviembre de 1969. Al inicio de su vida laboral se afilio se afilio al **ISS**, hoy COLPENSIONES, en su reporte de semanas cotizadas actualizado e impreso el 07 de marzo de 2022, realizó un total de **237,29** semanas cotizadas entre el 17/11/1988 y el 30/04/1995 al RPM. **ii)** En la historia laboral para pensión generada por PROTECCION SA el 22 de febrero de 2022 se acredita que ha estado vinculada a los fondos de pensiones obligatorias HORIZONTE (hoy PORVENIR) PORVENIR SA, COLFONDOS SA y PROTECCIÓN S.A, realizando cotizaciones en dichos fondos desde el año 1995. **iii)** La DEMANDANTE actualmente pertenece al RAIS estando a PROTECCION S.A. según su certificado de afiliación, desde el día 01 de diciembre de 2012. Nunca se le explicó de forma detallada la consecuencia que traía aparejada su viciada decisión de trasladarse al RAIS, no se le informó de forma clara y concreta el funcionamiento del RAIS, ni las condiciones para acceder a la pensión de vejez bajo este régimen.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la declaratoria y condena de las pretensiones invocadas en su contra. Propuso como excepciones las siguientes: IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INNÓMINADA O GÉNÉRICA, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

2.2. PORVENIR S.A.⁴

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

2.3. PROTECCION S.A.⁵

La AFP se opuso a todas y cada una de las pretensiones de nulidad y/o ineficacia de la afiliación en las que se le involucre. 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

³ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 09MemorialContestaciónColpensiones13-06-2022/ Págs. 2 – 10

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 10MemorialContestaciónPorvenir14-06-2022 / Págs. 2 – 25

⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 11MemorialContestaciónProtección17-06-2022 / Págs. 2 – 25

GENERAL DE PENSIONES, INNOMINADA O GENÉRICA, 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 EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE.

2.4. COLFONDOS S.A.⁶

La AFP se opuso a todas y cada una de las pretensiones de nulidad y/o ineficacia de la afiliación en las que se le involucre. Propuso como excepciones las que denomino: 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 AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

3. SENTENCIA⁷

En la audiencia del **10 de AGOSTO de 2023** el **JUEZ DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁸: **i) PRIMERO:** DECLARÓ INEFICAZ la afiliación de KATHERINE ORREGO TAMAYO realizada a PROTECCIÓN el 17 de mayo de 1995. En consecuencia, DECLARÓ que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media. **ii) SEGUNDO: ORDENÓ** a PROTECCIÓN, PORVENIR Y COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos desde la fecha de traslado al RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme se expuso en la parte considerativa de la sentencia. Asimismo, Colpensiones deberá recibir los citados conceptos que traslade y devuelva las AFP Protección S.A. Colfondos S.A. y Porvenir S.A. Para el cumplimiento de esta obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que corre paralelamente a cada una de las AFP del RAIS. **iii) TERCERO:**

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 13MemorialContestaciónColfondos10-08-2022/ Págs. 3 – 18

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 20ActaAsistenciayResolutiva

⁸ 01PrimerInstancia / Archivo 20ActaAsistenciayResolutiva / Págs. 3 - 4

ORDENÓ a COLPENSIONES- reactivar la afiliación de la demandante y recibir los dineros que sean trasladados por las AFP. Se autoriza a COLPENSIONES realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma que no le genere perjuicio alguno recibir a la demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo, CÁLCULO que consiste en actualizar las cotizaciones aplicando la corrección monetaria sobre la cotización completa desde que se realizó la afiliación y hasta la fecha efectiva de pago, en cumplimiento de las sentencias C789-2002 y SU 62-2010 entre otras. **iv) CUARTO: DECLARÓ** NO probadas las excepciones que propusieron PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. PROTECCION S.A.⁹

Se solicita la revocatoria de la sentencia, enfatizando en que COLMENA si cumplió con obligación de asesoría previa al traslado: **i)** Señala que el interrogatorio de parte la accionante de manera inicial confesó haberse traslado después de haber recibido una asesoría en la que se le dieron a conocer las características fundamentales del régimen tales como la rentabilidad de los aportes, pero luego realiza declaraciones contradictorias y evasivas manifestando no recordar la mayoría de la información que se le cuestiona como las afiliaciones que se suscribió con ING en el año 2001 y en PROTECCIÓN en el año 2003, señalando luego que se dio por medio de un empleador, concluyendo así que la declaración no fue espontánea ni apegada a la realidad. Destaca que todas las actuaciones de PROTECCIÓN S.A. están y siempre han estado precedidas de la buena fe y la legalidad y es por esto que todas las personas afiliadas a esta administradora de fondo de pensiones lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la leyenda del 93. Resalta que COLMENA S.A. brindó asesoría completa y comprensible a la demandante conforme a la normativa y exigencias existentes para ese momento. **ii)** No puede hablarse que existió un error de hecho en el momento de suscribir la afiliación porque se le brindó la información necesaria para la toma de decisiones y no señala sobre qué punto de hecho se dio el error. Tampoco existió un error en la persona, porque eligió y conoció a La AFP COLMENA S.A. y no fue esta la cosa determinante de celebración del contrato, por lo que no puedo hablarse de una nulidad en el acto jurídico de afiliación. Concluye señalando que no es de recibo que la accionante alegue desconocimiento o falta de información cuando transitó ampliamente por el RAIS y tuvo asesorías y acompañamiento durante dicho tránsito.

4.2. COLFONDOS S.A.¹⁰

⁹ 01PrimeralInstancia / Archivo 19AudienciaArts.77y80CPTSS / Min. 1:19:28 – 1:23:37

¹⁰ 01PrimeralInstancia / Archivo 19AudienciaArts.77y80CPTSS / Min. 1:23:51 – 1:27:10

Cuestiona las condenas impuestas a COLFONDOS S.A en los numerales segundo y sexto que refieren a la devolución de primas de seguros previsionales, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración indexados: **i)** Respecto de la **prima de seguro previsional** al dejar sin efecto el traslado automáticamente deja sin efecto alguno el contrato entre el administrador y la aseguradora por ausencia de interés asegurable, por lo que el contrato previsional no produce efecto alguno, por lo que le corresponde a la aseguradora restituir las primas percibidas. Las AFP solo están obligadas a responder con su propio patrimonio por moras en el pago de prima, reconocimiento de pensiones, circunstancias que no se materializan en el presente caso. **ii)** Respecto de los **gastos de administración**, dicho rubro se direccionó con el fin de retribuir la gestión que debe desarrollar la administradora, su devolución genera un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido en favor de COLPENSIONES, administradora que no ejecutó gestión alguna. Y porque se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, resaltando que COLFONDOS pudo gestionar los rendimientos financieros que ya fueron trasladados a la administradora donde se encuentra vinculada la demandante. **iii)** Respecto a la condena impuesta en el **numeral sexto** sobre costas solicita la revocatoria porque COLFONDOS S.A. no fue la AFP que realizó el traslado de régimen, siempre actuó con buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, intervino **PORVENIR S.A** solicitando **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 demanda¹¹, 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 **10 de agosto de 2023 PORVENIR** se abstuvo de interponer recurso de apelación, sin que en manera alguna se la intervención en esta instancia la oportunidad para remediar tal omisión.

COLFONDOS S.A a su turno, solicita se **REVOQUE** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la AFP 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

¹¹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 14AlegatosPorvenir

estrictamente necesaria y allí mismo se concederá si es procedente. Así, se advierte que en la audiencia del pasado **10 de agosto de 2023 COLFONDOS** solo cuestionó lo relativo a la condena en costas y la orden de devolución de gastos de administración, y en los alegatos reitera el mismo planteamiento, señalando: **i)** Si la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, se solicita AUTORIZAR a **COLFONDOS S.A.** descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado por lo que, al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media; y de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas. **ii)** Respecto a las primas de seguro previsional solicita se tengan en cuenta que de conformidad con los artículos 70 y 77 la AFP ha estado pagando durante 29 años el seguro que financia las pensiones de invalidez y sobrevivientes, por lo que la parte demandante hoy en día está siendo protegida con esas primas que están cumpliendo su objetivo, considerando un injusto que se ordene la devolución de un concepto que se está pagando de buena fe bajo un contrato, acto jurídico válido¹²

Y **COLPENSIONES** señala lo siguiente:¹³ **i)** De un lado, invoca el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005 para señalar que resulta coherente e se ordene la devolución a Colpensiones de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, fondo de solidaridad, rendimientos y seguro previsional de acuerdo con las sentencia SL 2877 de 2020, SL 2914 de 2020, SL 86744 de 2021. **ii)** En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, tal como lo indicó el juzgado de origen, no es posible ordenar a Colpensiones el reconocimiento y pago de una prestación económica por la cual no ha recibido el pago de cotizaciones, tal como lo ordena el artículo 33 de la Ley 100 de 1993

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **PROTECCION S.A. y COLFONDOS 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.

¹² Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 07AlegatosColfondos

¹³ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 12AlegatosColpensiones

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) KATHERINE ORREGO TAMAYO** nació el **07 de noviembre de 1969**, por lo que en este momento cuenta con **54 años**¹⁴. **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S el **17 de noviembre de 1988** entidad en la que cotizó 237,29 semanas hasta abril de 1995¹⁵. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **COLMENA S.A**(hoy PROTECCIÓN) el **17 de mayo de 1995**, trabajaba como **promotora de tarjeta** en COLMENA ¹⁶. Luego se trasladó a la **AFP HORIZONTE S.A.** el **2 de junio de 1999**¹⁷. Posteriormente a **ING S.A.** el **25 de septiembre de 2001**¹⁸, luego a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** el **1 de junio de 2003**¹⁹, de ahí a la **AFP COLFONDOS S.A.** el **12 de marzo de 2009**. Finalmente, se trasladó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** el **22 de noviembre de 2012** entidad en la que se encuentra actualmente.²⁰

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 03DemandayAnexos / Pág. 12

¹⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 03DemandayAnexos / Pág. 14

¹⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 11MemorialContestaciónProtección17-06-2022 / Pág. 34

¹⁷ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 10MemorialContestaciónPorvenir14-06-2022/ Pág. 72

¹⁸ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 11MemorialContestaciónProtección17-06-2022 / Pág. 52

¹⁹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 10MemorialContestaciónPorvenir14-06-2022/ Pág. 72

²⁰ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 11MemorialContestaciónProtección17-06-2022 / Pág. 52

Afiliado: CC 43543000 KATHERINE ORREGO TAMAYO Ver detalle							
Afiliado presenta vinculaciones eliminadas							
Vinculaciones para : CC 43543000							
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	1995-05-17	2009/05/16	COLMENA	COLPENSIONES		1995-06-01	1999-07-31
Traslado de AFP	1999-06-02	2009/05/16	HORIZONTE	COLMENA		1999-08-01	2001-10-31
Traslado de AFP	2001-09-25	2009/05/16	ING	HORIZONTE		2001-11-01	2003-08-31
Traslado de AFP	2003-07-01	2009/05/16	PROTECCION	ING		2003-09-01	2009-04-30
Traslado de AFP	2009-03-12	2009/05/18	COLFONDOS	PROTECCION		2009-05-01	2012-11-30
Traslado de AFP	2012-10-24	2012/11/22	PROTECCION	COLFONDOS		2012-12-01	
6 registros encontrados, visualizando todos registros.							
1							
Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 43543000							
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada		
1995-05-17	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA			
1999-06-02	1999-07-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	HORIZONTE	COLMENA		
2001-09-25	2002-11-15	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	ING			
2001-09-25	2001-11-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	HORIZONTE		
2003-07-01	2003-08-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	PROTECCION	ING		

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

Como para la época en que suscribió el formulario 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 57 años de edad y acreditando 1300 semanas cotizadas para

pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 80 % en caso de cotizar 1800 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100. Lo anterior, en virtud de lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 modificado por el 9 y 10 de la Ley 797, 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 **KATHERINE ORREGO TAMAYO**, diligencia en la fue enfática en reiterar la ausencia de información completa en la asesoría brindada por la AFP con la que se generó el traslado de

régimen. 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**.

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, **COLFONDOS S.A., PORVENIR 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** la providencia que se revisa.

7. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A. aspecto que fue cuestionado por esta última AFP de manera concreta y a ello se accederá, porque tal como se ha analizado a lo largo de esta providencia, la razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen se sustenta en que la AFP PROTECCIÓN S.A no acreditó el haber suministrado una información clara, suficiente y completa a la actora en la etapa previa a la suscripción del formulario de traslado, todo ello a la luz de lo previsto en los **artículos 271 y 13 literal b)** de la Ley 100, y el precedente jurisprudencial pacífico y reiterado sobre la materia. Así, la orden que se profiere en contra de COLFONDOS y PORVENIR solo encuentra sustento en tal declaración. **ii)** Y respecto a las

costas en esta instancia también solo se condena a PROTECCIÓN S.A. al no prosperar su recurso. Agencias en derecho (1) un salario mínimo legal mensual vigente del año 2024

8. LA DECISIÓN

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

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado **Dieciséis** Laboral del Circuito de Medellín, pero solo por las razones de esta providencia y con las siguientes MODIFICACIONES:

- El numeral **TERCERO** que quedará así: Se **ORDENA** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, recibir los dineros que se trasladen por las administradoras del RAIS – PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.- y actualizar la historia laboral de la demandante, incluyendo los períodos que fueron cotizados en el RAIS.
- El numeral **SEXTO** se revoca parcialmente en relación con la condena en costas en contra de COLFONDOS, quedando solo a cargo de PROTECCION y PORVENIR por las razones expuestas en esta providencia

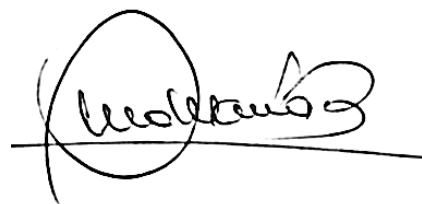
SEGUNDO: En esta instancia se condena a PROTECCIÓN S.A. Agencias en derecho (1) un salario mínimo legal mensual vigente del año 2024

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,



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ