

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - La ineficacia del cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió; por lo tanto, deben trasladar 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, 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. /

HECHOS: La demandante pretende que se declare que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con sus deberes de información y asesoramiento previos a su vinculación en este fondo e ineficaz y/o nulo el traslado de régimen pensional por falta de libertad informada, por lo que su afiliación en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se entiende sin solución de continuidad; y se condene a Porvenir S.A. trasladar inmediatamente a la afiliada al Régimen de Prima Media, así como el reintegro y traslado a favor Colpensiones de los saldos que puedan existir en su poder sin el descuento de gastos administrativos, comisiones, seguros previsionales ni el descuento para la garantía de la pensión mínima. En primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación; se ordenó a Porvenir S.A. efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si debe confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante.

TESIS: (...) 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. (...) 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. (...) 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. (SL2877-2020). (...) Finalmente, en relación con las sumas de dinero que se deben devolver: 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 sentencia 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 (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 (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., 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 (SL 1055-2022). viii) Finalmente, para garantizar la sostenibilidad financiera del régimen 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 sentencia 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, 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. (...)

M.P: ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

FECHA: 03/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, tres (3) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: MARY LUZ VALENCIA CARDONA
DEMANDADO: AFP PORVENIR S.A. – COLPENSIONES
RADICADO: 05001 31 05 018 2023 00138 01
ACTA N°: 28

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO**¹, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MARY LUZ VALENCIA CARDONA** para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Once 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 28** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA²

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i) Se DECLARE** que la AFP PORVENIR S.A. no cumplió con sus deberes de información y asesoramiento previos a su vinculación en este fondo e INEFICAZ y/o NULO el traslado de régimen pensional por falta de libertad informada, por lo que su afiliación en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se entiende sin solución de continuidad. **ii) Se CONDENE** a PORVENIR S.A. trasladar inmediatamente a la afiliada al Régimen de Prima Media, así como el reintegro y traslado a favor COLPENSIONES de los saldos que puedan

¹ La Magistrada María Patricia Yepes integrante de la Sala Sexta de Decisión de este Tribunal presentó impedimento para continuar actuando en este proceso el que fue oportunamente aceptado. Ante la nueva composición de la Sala y al no presentarse diversidad de criterio entre los otros dos integrantes de la Sala se profiere la decisión de fondo.

² Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 02DemandaAnexos/ Págs. 3 – 16

existir en su poder sin el descuento de gastos administrativos, comisiones, seguros previsionales ni el descuento para la garantía de la pensión mínima.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora **MARY LUZ VALENCIA CARDONA** nació el 23 de agosto de 1968. Inició a cotizar en el I.S.S. y en el mes de agosto del año 2000 se trasladó a **PORVENIR S.A.** donde actualmente realiza cotizaciones a pesar del engaño y carente información que le suministró dicha entidad. **iii)** Solicitó ante Colpensiones proceder al traslado del RAIS al RPMPD, entidad que contestó en forma negativa a lo solicitado el 02 de agosto de 2022. **iv)** Los asesores de PORVENIR S.A. no se ocuparon de brindarle una asesoría e información directa, no le informaron las consecuencias reales del traslado y la pérdida de las garantías de las que hubiera sido acreedora si hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media, ni las implicaciones que revestía asumir una decisión tan trascendental como lo es decidir el fondo de pensiones y las condiciones para acceder a una pensión en la etapa final productiva por alcanzar cierta edad. Específicamente se le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que en general los Fondos Públicos de Pensiones presentaban problemas por lo que su pensión se perdería y por tanto, la mejor decisión era trasladarse al Fondo Privado PORVENIR S.A. y permanecer en él. Lo cual demuestra que la AFP no cumplió con sus deberes de información y vicia el consentimiento del DEMANDANTE lo que vuelve el acto jurídico ineficaz.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR S.A.³

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: VALIDEZ Y EFICACIA DE LA AFILIACIÓN E INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, SANEAMIENTO DE LA EVENTUAL NULIDAD RELATIVA, APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1746 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS, GASTOS DE COMISIÓN Y PRIMAS DE SEGURO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INNOMINADA o GENÉRICA.

2.3. COLPENSIONES⁴

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: FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR LA VINCULACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD: SOCIAL, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 06ContestacionDdaPorvenir / Págs. 3 – 17

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 07ContestacionDdaColpensiones / Págs. 2 – 19

RECONOCER Y PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ, RETROACTIVO PENSIONAL Y/O INTERESES DE MORA, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENA, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS,

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **4 de diciembre de 2022** la **JUEZ DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones⁶: **PRIMERO: DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la señora MARY LUZ VALENCIA CARDONA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENÓ** a PORVENIR S.A. efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARY LUZ VALENCIA CARDONA como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos. 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. **TERCERO: ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora MARY LUZ VALENCIA CARDONA, recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones, según se dijo en la parte motiva. **CUARTO: DECLARÓ** INFUNDADA la excepción de prescripción, las demás quedan implícitamente resueltas como meras oposiciones y **CONDENÓ** en COSTAS a PORVENIR S.A.

4. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A.⁷

Son materias del recurso de apelación las siguientes: i) En primer lugar, la orden de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y los rendimientos financieros, planteando: Se está desconociendo lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil porque en virtud del principio de las restituciones mutuas debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, así se haga la ficción de que nunca existió tal acto jurídico, lo descontado por comisión de administración está autorizado en la Ley como contra prestación a la buena gestión de administración de los dineros. Por lo tanto, la orden va en detrimento de los intereses de PORVENIR S.A. y constituye un enriquecimiento sin causa a favor del COLPENSIONES, porque antes del traslado los aportes efectuados por la demandante no generaban rendimientos que constituyen aproximadamente el 74% del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual. ii) La orden de devolver aportes de garantía de pensión mínima y las primas

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 18ActaAudienciaArt77y80CPTSS

⁶ 01PrimerInstancia / Archivo 18ActaAudienciaArt77y80CPTSS / Págs. 6 - 7

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 18ActaAudienciaArt77y80CPTSS / Pág. 7 / Min. 01:54:05 – 01:59:12

de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos: Con esto se castigar a PORVENIR S.A. por cumplir con lo ordenado en la ley porque el descuento no se hizo arbitrariamente, además lo relacionado con garantía de pensión mínima está en una cuenta especial del fondo que siempre se traslada a COLPENSIONES, por lo que no debe ser con cargo a los propios recursos de la AFP. iii) En cuanto a la condena en costas PORVENIR actuó de buena fe ajustada la ley vigente para la época de traslado y no pudo evitar esta demanda porque la ineficacia del traslado la debe decretar el juez y no las partes.

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 **el apoderado de la PARTE DEMANDANTE solicitando se** ratifique la sentencia de primera instancia con la que se declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por su mandante del R.P.M. hacia el RAIS., toda vez que la línea jurisprudencial actual de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral es enfática al señalar en sus más recientes pronunciamientos el **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estableciendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen pensional** cuando se acredite su inobservancia como en el presente caso⁸.

Y la apoderada de **PORVENIR S.A.**⁹ solicita **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVERLA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, solicitud que deviene extemporánea porque de acuerdo a lo definido en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo modificado por el 10 de la Ley 1149 de 2007, la oportunidad procesal para interponer recurso de apelación es oralmente en la audiencia en que fue proferida la sentencia mediante sustentación estrictamente necesaria y allí mismo se concederá si es procedente. Así, se advierte que en la audiencia del pasado **4 de diciembre de 2022 PORVENIR** solo cuestionó lo relativo a las sumas a devolver y la condena en COSTAS, únicos aspectos materias de su recurso, reiterando en los alegatos los mismos planteamientos.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.**, así como 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

⁸ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 06AlegatosDemandante

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 03AlegatosPorvenir

el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISIÓN de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen»*.

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir** «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**

- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar**

prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACIÓN 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) MARY LUZ VALENCIA CARDONA** nació el **23 de agosto de 1968**, por lo que en este momento cuenta con **55 años**¹⁰; **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S el **17 de marzo de 1993** entidad en la que cotizó 368,00 semanas hasta agosto de 2000¹¹; **iii)** Se trasladó del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **PORVENIR S.A.** el **8 de agosto de 2000**, trabajaba como Jefe de departamento de sistemas en Arrendamientos Alberto Álvarez y Cia Ltda., entidad en la que se encuentra actualmente¹².

¹⁰ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 02DemandaAnexos / Pág. 22

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 07ContestacionDdaColpensiones / Pág. 20

¹² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 06ContestacionDdaPorvenir / Pág. 59

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 **MARY LUZ VALENCIA CARDONA**, 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 RÉGIMEN 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 **MARY LUZ VALENCIA CARDONA**, diligencia en la fue enfática en reiterar la ausencia de información de asesoría por parte de los asesores de la AFP con la que se generó el traslado de régimen; siendo claro, que en un caso como el que hoy ocupa la atención de la Sala en el que la actora no contó con asesoría alguna, con mayor razón se acreditan los presupuestos para afirmar que el tránsito es claramente ineficaz. 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 RÉGIMEN.**

Debe destacarse que la ADMINISTRADORA DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCIÓN de PRESCRIPCIÓN, 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, la 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.**, 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.

8. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PORVENIR**, aspecto cuestionado por la recurrente. La condena será confirmada, porque la razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen se sustenta en que esta AFP 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, fue vencida en el proceso siendo claro que la ley procesal atiende al criterio objetivo para su imposición, sin que sea admisible tener en consideración la conducta asumida por las partes dentro del trámite. Por ese motivo, es intrascendente adentrarse a estudiar si actuaron o no de buena fe como se propone por la recurrente. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** también se condena a la **PORVENIR** ante la improsperidad de su recurso. Agencias en derecho (1) un salario mínimo legal mensual vigente del año 2024. Sin costas para Colpensiones

9. LA DECISIÓN

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

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado **Dieciocho** Laboral del Circuito de Medellín por las razones esbozadas en esta providencia y con las siguientes MODIFICACIONES:

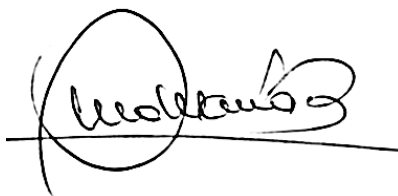
El numeral **SEGUNDO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, le corresponde a la **AFP PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por la señora **MARY LUZ VALENCIA CARDONA**, junto con los rendimientos financieros. Y devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: **CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, **en proporción a tiempo de permanencia**.

Al momento de cumplirse esta orden por la AFP PORVENIR S.A. los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: En esta instancia se **CONDENA** en COSTAS a la sociedad PORVENIR S.A. a favor de la demandante. 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,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

CON IMPEDIMENTO