

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - Nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos. /

HECHOS: Que se declare la ineficacia, o en subsidio la nulidad, la vinculación al rais-protección que se efectuó en junio de 2002, debido a que no recibió la información completa, comprensible, oportuna y suficiente sobre los beneficios y características de ese fondo, que se ordene la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, y que se condene a Protección S.A. le entregue a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación. (...) El problema jurídico en esta instancia radica en esclarecer si existió una falta de información legítima por parte de la AFP hacia el demandante y seguidamente si la afiliación fue ineficaz.

TESIS: En relación con el deber de la información, 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. 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.(...) 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.(...) 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.

M.P. ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

FECHA: 09/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, nueve (9) de febrero dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIÉRREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO: 05001 31 05 020-2021-00090 – 01
ACTA N.º: 08

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 del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIÉRREZ** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **COLPENSIONES** y de **PROTECCIÓN S.A.** así como en grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia con la cual el Juzgado Veinte 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 08** 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: Que se **DECLARE** la ineficacia, o en subsidio la nulidad, la vinculación al RAIS-PROTECCIÓN que se efectuó en junio de 2002, debido a que no recibió la información completa, comprensible, oportuna y suficiente sobre los beneficios y características de ese fondo. Que se **ORDENE** la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con prestación definida, y que se **CONDENE** a PROTECCIÓN S.A. le entregue a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras y comisiones con sus respectivos frutos e intereses, es

¹ Las Magistradas María Patricia Yepes García y Liliana María Castañeda Duque integrantes de la Sala Sexta de Decisión de este Tribunal presentaron impedimento para continuar actuando en este proceso con auto del 19 de julio y del 11 de julio de 2023, que fueron aceptados el 13 de octubre de 2023 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 01PrimerInstancia / Archivo 01EscritoDemanda+Anexos/ Págs. 2 – 13

decir, los rendimientos realizados por la **DEMANDANTE**. Que se **ORDENE** a **COLPENSIONES** a aceptar la afiliación de la actora al RPMPD y se **CONDENE** en costas a las entidades demandadas.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIÉRREZ nació el 19 de enero de 1973. Se afilió al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en PROTECCIÓN S.A. EN JUNIO DE 2002, antes de dicha fecha no tuvo ninguna afiliación al Sistema General de Pensiones. **ii)** Asegura que una asesora de PROTECCIÓN S.A. en las instalaciones del lugar donde trabajaba la actora, le indicó que la mejor decisión que podía tomar era afiliarse al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad porque se podía pensionar en el momento que quisiera de manera anticipada, pero no le mencionó con precisión y claridad las ventajas y desventajas, las características, la forma en la que se liquidaban las prestaciones pensionales, el capital necesario para financiar la pensión de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco le comentaron cuál era el tiempo de permanencia mínima en cada régimen ni cómo ni cuándo se podía trasladar al RPMPD. También le afirmó que el I.S.S corría el riesgo de que entrara en quiebra. Así mismo omitió la información de la prerrogativa y/o años de gracia de la Ley 797 de 2003. **iii)** La accionante hasta diciembre de 2020 ha cotizado un total de 938,86 semanas. Envío reclamación administrativa a COLPENSIONES solicitando lo que por la demanda se pretende el 9 de febrero de 2021, la entidad resolvió negativamente la solicitud el 10 de febrero de 2021.

2. CONTESTACIONES

2.1 COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentación legal y fáctica. Propuso como excepciones las que denominó: FALTA DE CAUSA PARA PEDIR POR NO HABER ESTADO AFILIADO NUNCA AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, BUENA FE, FALTA DE LIGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA, CONDENA EN COSTAS.

2.2. Y PROTECCIÓN, a pesar de haber sido notificada⁴ se abstuvo de contestar, situación que fue declarada con auto del **16 de febrero de 2023⁵**, contra el que no se interpuso recurso alguno.

3. SENTENCIA⁶

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 06ContestaciónColpensiones / Págs. 1 – 16

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / archivo 03

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / archivo 10

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 17ActaAud.Arts.77-80CPT-SS

En la audiencia del **26 de junio de 2023** el **JUEZ VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones⁷: **i) DECLARÓ INEFICAZ** del traslado de régimen efectuado por la señora **PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIÉRREZ** al régimen de ahorro individual con Solidaridad, en consecuencia, se ordenó el regreso automático y sin solución de continuidad al RPMD, a cargo de COLPENSIONES. **ii) CONDENÓ** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, traslade con destino a la COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por la actora y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubiesen sido deducidos desde la fecha de afiliación al RAIS esto es, del 1 de junio de 2022 hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional. **iii) ORDENÓ** a **COLPENSIONES** a recibir los aportes que PROTECCIÓN S.A. le reintegre, así como tener en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS como el tiempo cotizado en el RPMD, por lo que deberá reflejarse en su historia laboral. **iv) DECLARÓ** no prósperas las excepciones propuestas por las codemandadas, salvo la de imposibilidad de condena en costas, formulada por COLPENSIONES. y condenó en **COSTAS** a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** en favor de la parte demandante.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. PROTECCIÓN S.A.⁸

Solicita se revoque la sentencia en su totalidad porque no se analiza una circunstancia especial, y es que la accionante no fue previamente afiliada al Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, su afiliación primera se realiza de manera directa al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 2002 con la AFP PROTECCIÓN. Invoca las sentencias SL-1806 del 2022 analizando precisamente las sentencias SL-16882019 y SL3464 del 2019

4.2. COLPENSIONES⁹

Solicita revocar la sentencia en su totalidad, haciendo énfasis en lo siguiente: **i)** La figura de ineficacia de traslado existe para quienes se le vulneró el derecho posterior por falta de información solicitando la aplicación de lo decidido en la sentencia SL-1806 de 2022, precisando que lo pretendido por la demandante es trasladarse del Régimen de Ahorro Individual para el de Prima Media con Prestación Definida lo que debió hacer en la oportunidad que le brindaba el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 del 2003. **ii)** La jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es un acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial y menos

⁷ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 17Audiencia / Min. 00:30:20 – 00:32:27

⁸ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 17Audiencia / Min. 00:33:05 – 00:37:32

⁹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 17Audiencia / Min. 00: 37:38– 00:37:32

cuando no existe un acto previo de afiliación al sistema pensional, por lo que se trae a colación la sentencia CJSJ del 5 de octubre del 2010 radicado 39772 en donde esta sala precisó que la primera inscripción al sistema es permanente y por lo tanto vitalicia e irreplicable de suerte que para ello pueda quedarse con la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse dentro de la oportunidad legal dispuesto en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 . **iii)** Solicita que la entidad no sea condenada en costas porque siempre ha sido una administradora de buena fe.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia¹⁰, el apoderado de **COLPENSIONES** intervino para solicitar la REVOCATORIA de la sentencia¹¹. Solicita tener presente lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, para señalar que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, invocando la sentencia T-489 de 2010 . Dice que respecto a la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Finalmente, solicita tener en cuenta que COLPENSIONES fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la demandante y la AFP PRIVADA para no haya condena alguna en su contra y se ordene la devolución del 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, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN 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 afiliación y traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN del DEMANDANTE al RAIS, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

¹⁰ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022

¹¹ 02SegundaInstancia / Archivo 11AlegatosColpensiones / Págs. 1-2

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

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

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

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

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

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de

suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en

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

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

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIERREZ** nació el **19 de enero de 1973** por lo que en este momento cuenta con **51 años**¹²; **ii)** Se afilió a **PROTECCIÓN S.A.** suscribiendo formulario el **17 de junio de 2002**¹³

La demandada ha afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por la actora, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

¹² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01EscritoDemanda+Anexos Pág. 76

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01EscritoDemanda+Anexos Pág. 79

Y en este caso se trata de una **afiliación inicial**, aspecto analizado en las sentencias **SL 4211- 2021**, **SL 1806-2022** y **SL 4059-22** proferidas por Salas de Decisión de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁴, esta corporación en ejercicio de la autonomía establecida en la Carta Política se aparta de lo en ellas decidido, por lo siguiente:

Es claro que dentro del sistema general de pensiones coexisten los regímenes de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, sistemas que aunque cubren las mismas contingencias prevén distintos requisitos y métodos para acceder a las prestaciones, siendo la inscripción a uno u otro régimen un **acto libre y voluntario** que corresponde a cada afiliado; libertad que no podrá ser limitada por ninguna persona, so pena de imponerse sanciones pecuniarias, además de entender que “... La **afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador**” (artículo 271 Ley 100 de 1993 y artículo 13 ley 100 de 1993).

Para la Sala es relevante el análisis de la expresión de voluntad del actor ya que de cara a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando la **elección** del régimen pensional no es producto de una decisión libre se genera la ineficacia y la exclusión de todo efecto jurídico del acto jurídico. El citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 abarca todo el universo de situaciones que atenten contra la libertad de selección o afiliación del régimen pensional, sin que se limite a los casos de falta de información, por tanto cualquier evento en que el ciudadano no haya prestado su consentimiento para la elección de sistema pensional tendrá por consecuencia que “...*la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”, sin que tales normas hagan diferencia entre la selección inicial y el traslado de régimen pues claramente el precepto refiere a **la manifestación por escrito al momento de la vinculación o del traslado** sin que resulte constitucionalmente aceptable afirmar que la selección libre y voluntaria **solo se presenta en el caso de traslado entre regímenes y no para la selección inicial**, pues ello, de un lado, desconocería de tajo el texto legal, y de otro, atentaría contra el derecho a la igualdad, máxime con los alcances que da la decisión para tal diferenciación, pues en ella se concluye que cuando se está ante **la selección inicial**, queda en cabeza del afiliado el deber de ilustrarse y verificar cuáles son sus condiciones dentro del sistema. En esos términos ha sido enfática la línea mayoritaria de la jurisprudencia especializada en explicar que la debida información **está a cargo de los fondos de pensiones** como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento

¹⁴ Se resalta por esta corporación que los casos en que las Salas de Descongestión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideren necesario modificar o crear un precedente deben inexorablemente remitir la respectiva ponencia a la Sala permanente de esa corporación judicial para que sea ésta quien estudie su viabilidad y pertinencia. **Ley 1781 de 2016 artículo 2. Ver Sentencias C-154 de 2016. SL 593 de 2021.**

de las contingencias de vejez, invalidez y muerte y **no del afiliado** por cuanto tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional.

Pues bien, según lo acreditado en el proceso y 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 afiliación tenían 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 decidía afiliarse al I.S.S.** el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 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, 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.

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 **PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIERREZ**, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. En ningún momento aceptó haber recibido información sobre el modelo pensional de los dos regímenes, las ventajas y desventajas de ambos, las implicaciones de su afiliación en uno y otro, la importancia de la decisión de traslado antes de arribar a los 47 años de edad; ya que, por el contrario, enfatizó que nada de eso se le comunicó, por lo que sin duda tal medio de prueba también resulta insuficiente para satisfacer el deber de información.

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

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

soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207-2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PROTECCIÓN S.A.**, efectuará la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**) **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. 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. Siendo, así las cosas, se MODIFICARÁ y ADICIONARÁ la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. decisión que fue no decisión que fue cuestionada de manera concreta. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar los recursos interpuesto se causan a su cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Agencias en derecho, 1 s.m.m.l.v. para cada una

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 Veinte Laboral del Circuito de Medellín con las siguientes MODIFICACIONES:

- El numeral **PRIMERO**, porque se declara ineficaz la afiliación que realizó **PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIERREZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- El numeral **SEGUNDO**, porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PORVENIR S.A.**, debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad del capital ahorrado por la señora PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIERREZ junto con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos.
- 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.
- El numeral **TERCERO** se modifica, para ordenar a COLPENSIONES activar la afiliación de la señora **PAOLA SOLEDAD BERGONZOLI GUTIERREZ** en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, validar los aportes recibidos e incluirlos en la historia laboral.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las agencias en derecho por una suma equivalente a 1 S.M.L.M.V. para cada una.

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

