

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO – Se da por falta del deber de información de las AFP, los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor le convenga, si alguna persona jurídica o natural atenta contra el derecho de selección de organismos del sistema de seguridad social, se genera la ineficacia de la afiliación, y esto conlleva a volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. / **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** – 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.

HECHOS: La demandante pretende con este proceso, se declare la ineficacia de la afiliación a Protección S.A. y que se dé el regreso automático y reactivación como afiliada en Colpensiones. En primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A.; se condenó a Protección S.A. a trasladar a la demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si es procedente la revocatoria de la sentencia.

TESIS: (...) 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 la demandante, ésta tenía menos de 28 años de edad y menos de 15 años de servicio. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el acápite sexto de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, independiente de si la demandante era 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 como se causaría. (...) Y se le debió indicar, además, que, si se trasladaba para el RAIS, cuáles serían las condiciones pensionales. (...) 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 demandante, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala concluir, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente confirmar la decisión que se revisa, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen. (...) 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 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) Por lo anterior, no se acogerá el argumento de Protección respecto a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia que en manera alguna tiene carácter vinculante y en el que se invoca el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada. 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). (...) ix) 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 las sentencias C 1024 de 2004 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 sentencia 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. (...)

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 (03) de mayo dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S. A
RADICADO: 05001 31 05 027 2023 00088 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 del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **PROTECCIÓN**, así como en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Veintisiete 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 lo siguiente: Se **DECLARE** la ineficacia de la afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** y que se dé el regreso automático y reactivación como afiliada en **COLPENSIONES**. Se **ORDENE** a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones realizadas por la demandante percibidos con motivo de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Y se **CONDENE** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i) LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO** empezó a cotizar en el I.S.S. **desde diciembre de 1986** hasta

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 01PrimeralInstancia /Archivo 03DemandaPruebasAnexos/ Págs. 1-3 y 10

septiembre de 1994, para un total de 173 semanas. **ii)** Al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, **PROTECCIÓN S.A.** logró obtener el traslado de la accionante el 1 de septiembre de 1994 donde ha cotizado hasta la actualidad 1.317,14 semanas. **iii)** El 20 de abril de 2023 se da respuesta al derecho de petición interpuesto por LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO en el que la AFP PROTECCIÓN brinda información sobre la proyección de su mesada pensional. Y adjunta copia de formulario de reasesoría pensional, con fecha de 26 de septiembre de 2013 que no cuenta con la firma de la accionante. **iv)** A través de formulario de peticiones, quejas y reclamos radicado ante COLPENSIONES bajo el No. 2023_8039196 de 26 de mayo de 2023, se solicitó que en virtud de la ineficacia de la afiliación efectuada ante PROTECCIÓN S.A. por ausencia de la información legalmente pertinente que vició su consentimiento, fuera recibida como válidamente afiliada a COLPENSIONES, la cual fue negada por esta entidad. **v)** Asegura que, al momento de la afiliación al RAIS no contó con información suficiente, pues de haber tenido información más completa hubiera entendido que le resultaba más beneficioso permanecer en el Régimen de Prima Media con prestación definida.

2. CONTESTACIONES

2.1. PROTECCIÓN S.A.³

La entidad se opuso a prosperidad de las declaraciones y condenas en las que esté involucrada. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA 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.

2.2 COLPENSIONES⁴

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: ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DEL DEMANDANTE AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA, CONDENA EN COSTAS.

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 15ContestacionDemandaProteccion / Págs. 21– 27

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 13ContestacionDemandaColpensiones / Págs. 4– 51

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **13 de diciembre de 2023** el **JUEZ VEINTISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones⁶: **i) DECLARÓ** la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado en el año 1995 por la señora LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.. **ii) CONDENÓ** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. **ORDENÓ** a **PROTECCIÓN S.A.** que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, proceda a **DEVOLVER** los saldos de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, 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. Al momento de cumplir la 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. Deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP-, conforme lo analizado en esta decisión. **iii) ORDENÓ** a **COLPENSIONES** reactivar en forma inmediata la afiliación de la señora LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO sin solución de continuidad y recibir todos los dineros que le sean trasladados por PROTECCIÓN S.A., realizando la respectiva actualización de la historia laboral. **v) DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas y **CONDENÓ** en **COSTAS** a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**

4. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES ⁷

La apoderada solicita la REVOCATORIA de la sentencia, resaltando básicamente lo siguiente: En primer lugar, señala que COLPENSIONES es un tercero ajeno en los negocios jurídicos celebrados entre la demandante y el fondo privado, y no puede verse perjudicada por el error en el incurrió la demandante, señalando que ésta realizó su afiliación al RAIS mediante acto libre y voluntario, por lo que las manifestaciones de la demanda y las realizadas en el interrogatorio de parte son infundadas, dado que no existió dolo o culpa, ni se ejerció ningún tipo de fuerza al momento de firmar el formulario de afiliación. Recaba en que la sentencia le es totalmente adversa a Colpensiones, dado que debe recibir, pensionar e indemnizar a una afiliada que no aportó al régimen de prima media, con lo que se descapitalizará el régimen público pues los aportes que se percibirán de PROTECCIÓN están "*deteriorados por el paso del tiempo*".

En segundo término, dice que la demandante realizó diversas confesiones sobre la información que tenía del régimen al que se trasladó, con lo que se denota que

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 24ActaAudienciaArt77y80CPTYSS

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 23ActaAudienciaArt77y80CPTYSS.mp4/ Min. 01:51:21 – 01:54:57

⁷ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 23Audiencia / Min. 01:55:21 – 01:59:24

contaba con el consentimiento y ánimo de permanecer afiliada al fondo privado y no a Colpensiones. Y enfatiza en que la sola inconformidad monetaria frente a la pensión de vejez fue lo que la impulsó a elevar la presente demanda y no realmente el acto de traslado o haberse mantenido en PROTECCIÓN.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, la apoderada de **COLPENSIONES** intervino para solicitar⁹ la revocatoria de la sentencia, planteando en síntesis: **i)** La demandante cuenta en la actualidad con 57 años de edad lo cual hace inviable el traslado de régimen conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-1024 de 2010 y que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de la demandante y la obligación de reactivar la afiliación de la misma al Régimen de Prima Media con Prestación Definida puede poner en riesgo la expectativa pensional de los demás afiliados al sistema. **ii)** En relación al reproche que se le hace a las AFP codemandadas (Colfondos, Old Mutual, Porvenir y Protección) respecto al suministro de información que le debieron brindar al momento de efectuar el cambio de Régimen, menciona que la carga probatoria que se están imponiendo a las AFP resulta desproporcional y va en detrimento del principio de confianza legítima, solicitando se tenga en cuenta la normatividad aplicable al caso para el momento de la afiliación - C-086 de 2016 – **iii)** Colpensiones fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO y la AFP PROTECCIÓN, por lo que no deberá emitirse condena alguna en su contra y menos aún imponerle el pago de costas procesales. **iv)** En el hipotético evento en el que decida conceder las pretensiones solicita condenar a la AFP Protección S.A. a entregar el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuentade ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho. Y que se allegue por parte de Colfondos, Old Mutual y Porvenir el valor de las cuotas o gastos de administración que se causaron durante el “lapsus” que duró la afiliación de la señora Martha Isabel a dichas AFP.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **COLPENSIONES** y en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de esa entidad, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISIÓN de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE

⁸ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 05AlegatosColpensiones

RÉGIMEN de la DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

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

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

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

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

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

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

que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

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

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

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la 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) **LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO** nació el **24 de diciembre de 1966** por lo que en este momento cuenta con **57 años**¹⁰; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** donde efectuó cotizaciones desde el año 1986¹¹; iii) Se trasladó del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL en PROTECCIÓN S.A. suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **25 de agosto de 1993**¹², para ese momento laboraba en **LEÓN HENAO Y FAMILIA S.C.S.** en el cargo de **ADMINISTRADORA**.

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

¹⁰ Carpeta 01PrimerInstancia / Carpeta 14ExpedienteAdministrativo/ información en HL

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia /Archivo 15ContestacionProtecciones/ Pág. 46- 48

¹² Carpeta 01PrimerInstancia /Archivo 03DemandaPruebasAnexos/ Pág. 41

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 **LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO** ésta tenía menos de **28 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 **LIGIA ESPERANZA ARANGO HENAO**, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión que se revisa, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE 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, 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 SL SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **PROTECCIÓN** respecto a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia** que en manera alguna tiene carácter vinculante¹⁰ y en el que se invoca el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación¹¹, situación que no corresponde a la aquí ventilada. **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 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 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 **CONFIRMARÁ** y la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PROTECCIÓN S.A.** **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** se condena a **COLPENSIONES** porque su recurso de apelación no prospera. Valor de las agencias en derecho de 1 S.M.L.M.V.

8. LA DECISIÓN

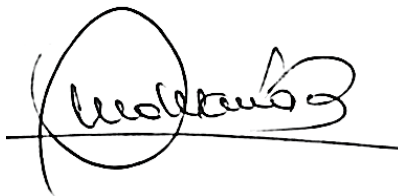
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado **Veintisiete** Laboral del Circuito de Medellín.

SEGUNDO: Se condena en **COSTAS** a **COLPENSIONES**. Valor de las agencias en derecho 1 S.M.L.M.V.

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