



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, Veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MIRYAM ARGENIS HUEPA NIETO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICADO: 05001 31 05 010 2019 00277 01
ACTA N°: 48

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MIRYAM ARGENIS HUEPA NIETO** en contra de **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de **las entidades** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Décimo 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 48** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Que se **DECLARE** la nulidad del traslado y afiliación del RPM al RAIS, administrado por PORVENIR S.A. **ii)** Que se **ORDENE** el retorno de la señora MYRIAM ARGENIS HUEPA NIETO al RPM, administrado por COLPENSIONES. **iii)** Que se **ORDENE** a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y la condena en costas a las demandadas. En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora MYRIAM ARGENIS HUEPA NIETO nació el veintidós (22) de agosto del año 1961, por lo que a la fecha de instaurada la demanda contaba con cincuenta y siete (57) años y 1.409 semanas de cotización. **ii)** La demandante se encuentra cotizando desde el mes de febrero de 1983, aportes que inicialmente fueron realizados al RPM, ahora administrado por COLPENSIONES. **iii)** A partir del año 1994, las Administradoras Privadas de Fondos de

¹ 01PrimerInstancia → Carpeta 03. CD 1 FL49 COPIA DEMANDA → DEMANDA NTRP Myriam Huepa. Pág. 1-18 / PDF. También en: 01PrimerInstancia → Archivo 02. 05001310501020190027700 Pág. 1-18

Pensiones iniciaron unas campañas masivas de afiliación, utilizando como estrategias el miedo y la desinformación de los aportantes al sistema. **iv)** En abril del año 2000 MYRIAM ARGENIS HUEPA NIETO ingresó a trabajar al Banco de Bogotá S.A. y al momento de firmar su contrato de trabajo su empleador le solicitó firmar un formulario de afiliación en blanco a la que hoy es conocida como la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., formulario que fue firmado por la demandante sin tener ningún contacto con un asesor del fondo privado de pensiones. Del mismo modo, después de estar afiliada, el fondo no una brindó asesoría profesional en la materia sobre las consecuencias del Traslado y las particularidades de estar en un fondo del RAIS, y que según su ingreso base de cotización le convenía más COLPENSIONES. **vi)** PORVENIR S.A. no le informó antes de cumplir los cuarenta y seis (46) años de edad, que hasta ese momento tenía su última oportunidad para realizar un Traslado de Régimen de Pensiones según la restricción de la ley 797 del 2003. **vii)** Mediante radicado No. 2019_837075 del veintidós (22) de enero de 2019, la señora HUEPA NIETO solicitó a COLPENSIONES. el traslado de Régimen Pensional, que fue negada el 22 de enero de 2019. **viii)** Se radicó el 21 de enero de 2019 ante PORVENIR S.A. una solicitud de información y aclaración de incógnitas. El 30 de enero del mismo año la sociedad lo contestó sin dar una respuesta concreta frente a las preguntas realizadas en el escrito con radicado No. 0100222095482600

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se **resiste a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra** planteando, en síntesis: **i)** Que se **OPONE** a la declaratoria de nulidad del traslado puesto que la demandante al suscribir el formulario de vinculación al RAIS, hizo uso del principio de libre escogencia sin que se hubiera el derecho ejercido el derecho al retracto de dicha selección dentro del término previsto para ello, por lo que no le es dable a la misma, más de 10 años después del traslado, alegar vicios en el consentimiento para atacar la eficacia o nulidad de dicho acto. **ii)** Se **OPONEN** a que se ordene el retorno de la accionante al RPM por carecer esta pretensión de fundamentos fácticos y legales.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR EL TRASLADO DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS.

2.2. PORVENIR ³

La sociedad se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones debido a que: **i)** La demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad o invaliden la afiliación voluntaria al RAIS, además de que con la pertenencia

² 01PrimerInstancia → Archivo 02. 05001310501020190027700 Pág. 70 – 76 / PDF

³ 01PrimerInstancia → Archivo 02. 05001310501020190027700 Pág. 116 – 136 / PDF

de la demandante a varios fondos privados, ratificó su decisión voluntaria y libre de pertenecer al RAIS. **ii)** Afirman que debe ser la demandante quien sea condenada en costas por ser infundada la demanda.

Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **18 de abril de 2022⁵** el **JUEZ DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado de régimen efectuado por MYRIAM ARGENIS HUEPA NIETO, al régimen de ahorro individual, efectuado el 18 de agosto del 2000. **ii) CONDENAR** a **PORVENIR S.A** a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales si los hubiere. **El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados** a la fecha de entrega al RPM. Al momento de cumplirse 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. **iii) ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A, los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputados a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional. **iv) COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1 EL RECURSO DE COLPENSIONES⁶

La entidad interpone recurso de apelación en el que se pronuncia sobre: **i) La declaratoria de ineficacia**, con los siguientes argumentos: **a)** La afiliación goza de plena validez ya que al trasladarse de régimen estaba aceptando las condiciones pensionales. **b)** Se evidencia en la demandante una inconformidad con la mesada pensional y es por eso que ahora alega falta de información que en todo caso debe ser probada por la parte actora, además de que dicha inconformidad no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, la disparidad en cifras por las expectativas no es habilitante para poner una demanda de nulidad o ineficacia. **c)** La carga dinámica de la prueba debe ser usada según las particularidades del caso y

⁴ 01PrimerInstancia → Archivo 07 ACTA (ART 77 y 80) 2019-277 Pág. 1 – 2 / PDF

⁵ 01PrimerInstancia → Archivo 07 ACTA (ART 77 y 80) 2019-277 → Buscar Enlace: [Lifese - Playback](#) / Minuto **3:31:35** / VIDEO

⁶ 01PrimerInstancia → Archivo 07 ACTA (ART 77 y 80) 2019-277 → Buscar Enlace: [Lifese - Playback](#) / Minuto **3:33:48** / VIDEO

no imponerle al juez la obligación de acudir en todos los eventos a esta institución debido a que se omite la lógica probatoria del estatuto procesal diseñado por el legislado para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que se pueden imponer a las partes y trasladar la tarea únicamente al juez, con base en la sentencia C-086/2016. **d)** La decisión favorable a la parte actora afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones ya que pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues esa decisión tiene un gran impacto fiscal, lo que puede terminar en la descapitalización del RPM por personas que no contribuyeron a su formación, vienen en último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, asuntos sobre los que la corte se ha pronunciado en sentencias SU-130 del 2003, C-789 del 2002 y C-1024 de 2004. **ii) Sobre las sumas a devolver**, solicitó: Se ordene al fondo privada trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, sin ningún tipo de descuento, ya sea de gasto de administración, seguros previsionales, prima de reaseguro, de invalidez, vejez y muerte, prima de reaseguro de Fogafín, el porcentaje correspondiente al fondo de garantía, y devolver estos valores debidamente indexados. **iii) Finalmente, sobre las costas:** solicita se absuelva a Colpensiones de la condena en costas toda vez que actuó conforme a las normas que rigen la materia y quedó demostrado que la entidad no tuvo ninguna incidencia en la decisión de la demandante

4.2 LA APELACIÓN DE PORVENIR⁷

La AFP privada en la oportunidad procesal presenta recurso en los siguientes términos. **i) Frente a la declaratoria de ineficacia: a)** no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al RAIS, pues la decisión de la demandante se dio de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y mi representada al momento de realizar el traslado cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del decreto 663 de 1993. **b)** No es posible la entrega de documentos que acrediten el cumplimiento del deber de información pues no era una obligación vigente para el momento del traslado de la demandante, pues esta solo surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, además de ser falso que la entidad está en mejor posición probatoria. **c)** Obligaciones como la del buen consejo, la doble asesoría e incluso la de desincentivar la afiliación surgieron posteriormente, lo que fue objeto de recapitulación y pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL-1688 de 2019, SL-1689 de 2019 y SL-3464 de 2019 y no es posible que se apliquen de forma retroactiva al proceso. **ii) Con respecto a las cuotas a devolver**, manifestó que: **a)** Teniendo en cuenta que la afiliación es válida, la condena consistente en devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante deberá ser revocada. **b)** en caso de dejar en firme a ineficacia, solicita se revoque la condena consistente en

⁷ 01PrimerInstancia → Archivo 07 ACTA (ART 77 y 80) 2019-277 → Buscar Enlace: [Lifsize - Playback](#) / Minuto **3:37:35**/ VIDEO

trasladar los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración, los seguros previsionales de reaseguro, porque dicha inversión se dio acorde con un mandato legal (artículo 20 de la Ley 100 de 1993).

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, intervinieron las tres partes de la siguiente manera:

5.1 COLPENSIONES⁸

En primer lugar, **la entidad** solicita revocar la sentencia de primera instancia, haciendo hincapié en los siguientes puntos: **i) contra la declaración de ineficacia:** **a)** No puede declararse la ineficacia del traslado porque está inmersa dentro la prohibición consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003. (SL 373 del 10 de febrero del 2021). **b)** La demandante no demostró que ejerció de manera oportuna las acciones jurídicas tendientes a regresar al RPM como el derecho de retracto, ni se trasladó antes de cumplir 52 años. **c)** La demandante debió informarse de las características del Régimen pensional al cual se estaba afiliando, indagando sobre las condiciones generales, exclusiones, derechos, obligaciones emanadas de dicha afiliación, debido a las obligaciones que en este sentido le imponen los deberes del afiliado consagrados en el Decreto 2241 del 2010 artículo 4, situación a la cual no hace referencia la demandante pretendiendo acceder a lo solicitado sin cumplir con la carga probatoria que le impone el artículo 164 y 167 del Código General del Proceso. **d)** La sentencia desconoce el principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema General de Pensiones -artículo 48 de la Constitución Política de Colombia-, pues esa decisión tiene un gran impacto fiscal lo que se puede traducir en la descapitalización del RPM, afectando el derecho pensional de otros afiliados. Así lo declaran estos pronunciamientos de la Corte: SU 130/2013, C-789/2002 y C-1024/2004. **ii) Sobre las sumas a devolver:** Si se confirma la sentencia de primera instancia, se solicita se ordene al fondo privado trasladar debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional.

5.2 EL ALEGATO DE PORVENIR⁹

A su turno, la AFP privada presenta alegatos con los siguientes puntos materia de apelación: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia** reiteran que no existían razones fácticas o jurídicas para tal declaratoria pues la decisión se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios, cumpliendo los requisitos exigidos en la ley y al respecto agregan los siguientes argumentos para complementar lo ya mencionado en la apelación sobre

⁸ 02SegundaInstancia → Archivo 04AlegatosColpensiones Pág. 1 – 5 / PDF
06AlegatosPorvenir

⁹ 02SegundaInstancia → Archivo 06AlegatosPorvenir Pág. 1 – 6 / PDF

este punto: **a)** Se cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. **b)** La demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, permaneciendo en el RAIS, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse en el régimen privado. **c)** La motivación de la actora para regresar al RPM es el incumplimiento de sus expectativas pensionales. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño. **ii) Acerca de los valores a devolver**, insiste en solicitar que no se condene al traslado del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración, el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, y agregan que: **a)** Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, además de haberse generado rendimientos. **b)** Debe tenerse presente que toda decisión judicial de traslado de régimen debe tener como objetivo constitucional la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional (Tribunal Superior de Medellín - Sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 Radicado 05001310500720150129501). **c)** Invoca el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 para reforzare sus posturas.

5.3 ALEGATOS DE LA DEMANDANTE¹⁰

Por último, el accionante presenta los siguientes puntos: **i)** Recuerda el principio de favorabilidad del derecho laboral que nos dice que en caso de duda y aplicación de normas e interpretaciones jurídicas, se debe aplicar la más favorable al trabajador, y en este caso en concreto al pre pensionado. **ii)** La Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que de cumplió con el deber de información. **iii)** Los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hubiesen suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que mi poderdante cumpliera los 47 años. **iv)** Se evidencia dentro del interrogatorio de parte que fue engañada por los asesores de estas AFP, quienes utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema. **v)** Finalmente invoca las sentencias STP 12082 DEL 2019 y STL 3430-2020, ambas de la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.** y en 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

¹⁰ 02SegundaInstancia → Archivo 08AlegatosDemandante Pág. 1 – 4 / PDF

analizará en el CASO CONCRETO si debe REVOCARSE la DECISIÓN de NO DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

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

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 de la demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la**

modificación introducida con la Ley 795 de 2003, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

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

los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

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

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) MIRYAM ARGENIS HUEPA NIETO** nació el **22 de agosto de 1961** por lo que en este momento cuenta con **60 años**¹¹; **ii)** Se afilió inicialmente al **RPM** desde 1983 y para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante contaba con más de 379 semanas; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario de traslado cuya solicitud de vinculación se hizo el **18 de marzo del 2000 a PORVENIR** y en ese momento laboraba en el BANCO DE BOGOTÁ como GERENTE¹².

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**

¹¹01PrimerInstancia → Archivo 02. 05001310501020190027700 Pág. 21

¹²01PrimerInstancia → Archivo 02. 05001310501020190027700 Pág. 2 y 142

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

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 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 57 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que había 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 depositado 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)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima

(equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el régimen de prima media en caso de que optara por afiliarse al I.S.S. **iv)** 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 **MIRYAM ARGENIS HUEPA NIETO**, diligencia en la fue enfático 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 de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

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, **PORVENIR S. A.** efectuará la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **PORVENIR S. A.** 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 vinculante¹³ 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 multifiliación¹⁴, situación

¹³ “**ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

¹⁴ **Decreto 3395 de 2008** ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener

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 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**. Así, también en este aspecto se **CONFIRMA** la providencia que se revisa.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión la DEMANDANTE alcanzó los **60** años, **es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora HUEPA NIETO**. Al tratarse de una eventualidad no acreditada en el proceso, se adicionará la sentencia, porque el valor del bono pensional corresponde al emisor, es decir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en consecuencia, **PORVENIR** deberá adelantar los trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono y devolverá a esta entidad las sumas que por este concepto hubiere recibido, debidamente indexadas. Decisión que se encuentra ajustada a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2º hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

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

la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

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**:

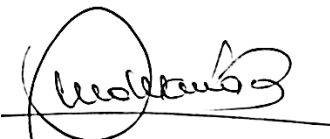
PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, con la siguiente ADICIÓN al numeral SEGUNDO:

En caso de haberse redimido el bono pensional de la demandante, se **ORDENA** a **PORVENIR** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES, a favor de la parte actora. Agencias en derecho 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,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 050013105 – 010-2019-00277-01

SENTENCIA del //28/07/2022

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia,
para ello debe tener una cuenta de Microsoft.

Enlace en caso de no tener lector QR: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ep7KywhXB45JgZmRCM1MZCcBQpsGMix3J0a3QIRBsMah4Q?e=q1MY5h