



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, Veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S. A.
RADICADO: 05360-31-05- 002-2022-00155-01
ACTA N°: 12

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 **EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ** para pronunciarse en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí 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 12** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso de manera principal. **i)** Que se DECLARE que COLPENSIONES debe aceptar el traslado de régimen pensional. **ii)** Se CONDENE a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones, bonos, etc. Con los rendimientos que hubiere causado, debidamente indexados. Y que al momento del traslado pague de su patrimonio los dineros por concepto de descuentos del artículo 20 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 que tenían el fin de pagar fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración prima de seguros del fogafin y las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes. Todo debidamente indexado. Y se condene a COLPENSIONES, a recibir todo lo que traslade PORVENIR S.A. **iii)** Se CONDENE al pago de costas y agencias de derecho. **iv)** Subsidiariamente se condene a porvenir a pagar la indemnización por perjuicios materiales.

¹ Carpeta 01PrimerInstancia /03Demanda pág: 2-3

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente²: **i)** En cumplimiento de sus expectativas laborales y pensionales el demandante se afilió al régimen de prima media con prestación definida en el Instituto de Seguros Sociales en agosto de 1982, cotizando en dicho régimen hasta abril de 1994. **ii)** El día 27 de abril de 1994 y 27 de enero de 1998 un asesor de PORVENIR S.A le hizo suscribir un formulario de afiliación sin prestarle debida asesoría. No se le suministro una asesoría personalizada, no le dijeron cuál era su régimen para saber cuáles eran los requisitos edad, tiempo y monto de pensión de vejez en caso de quedarse en el régimen de prima media, ni cuál era su bono pensional y si efectivamente podría pensionarse anticipadamente. **iii)** Presentó petición a PORVENIR S.A y en respuesta a las preguntas formuladas se le informo que no se cuenta con archivo físico de la asesoría que recibió al momento de la afiliación al fondo privado, ya q las hacen de manera verbal. **iv)** El monto de su mesada pensional en PORVENIR S.A para la edad de 62 años sería de \$2'631.500, mientras que en el RPM su pensión sería de un aproximado de \$4'352.975. **v)** Desde el 2 de junio de 2021 le solicitó traslado a Colpensiones, pero este se ha negado argumentando que le faltan menos de 10 años para pensionarse.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media **se opuso a la prosperidad de las todas casi todas pretensiones** indicando que, carecen de fundamentación fáctica y legal, debiendo en todo caso absolver a la accionada de todo cargo y en su lugar imponer condena en costas al actor. Propuso como excepciones las que denominó: NEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RESPECTO AL TRASLADO, PRESCRIPCIÓN, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA PEDIR, PRESINCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, DEVOLUCION DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACION SEGUROS PREVICIONALES RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS.

2.2. PORVENIR S.A. ⁴

La entidad se opuso a las pretensiones declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda y en la subsanación, argumentando que la vinculación efectuada a la AFP PORVENIR S.A el 27 de abril de 1994 fue libre e informada, luego de que la parte actora recibiera información de manera, clara, precisa veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993. La parte actora pretende desconocer su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR S.A el 27 de abril de 1994,

² Carpeta 01PrimerInstancia /03Demanda pág. 2-3

³ Carpeta 01PrimerInstancia/17contestacion. Pág. 2-9

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia/12Contestacion. Pág. 24-28

mediante formulario N 04715. Propuso como excepciones las que denominó: PRESCRIPCIÓN, DE LA PRESCRIPCIÓN FRENTE AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE ,COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENERICA.

3. SENTENCIA

En la audiencia del **23 de noviembre de 2022** el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí** tomó las siguientes decisiones⁵: **i) DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación al régimen individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A y efectuada por el señor EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ. Y que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. en consecuencia, **CONDENÓ** a la AFP PORVENIR S.A a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual y los respectivos rendimientos financieros a COLPENSIONES así mismo las cuotas de administración, el concepto de primas seguros provisionales y porcentaje destinado fondo de garantía de pensión mínima que afecta el valor de la cotización obligatoria durante la vigencia de la afiliación y a cargo del patrimonio de la AFP con todos sus frutos e intereses, respectivos rendimientos sin deducción alguna como lo dispone el art 1746 del CC. **ii) CONDENÓ** a Colpensiones a que valide la afiliación del demandante y que reciba los dineros trasladados de la fuente de ahorro individual por parte de la AFP. **iii) DECLARÓ** probada la IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS que propone Colpensiones. **CONDENÓ** en costas a la AFP PORVENIR S.A

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁶, **COLPENSIONES** intervino de manera oportuna en los siguientes términos: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia** señala que COLPENSIONES en el acto jurídico de afiliación que se llevó a cabo entre la demandante y PORVENIR S.A no tuvo incidencia alguna ya que no participó del mismo; por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no lo pueden perseguir, ni mucho menos afectar. Así, luego de invocar los artículos 48 y 334 de la Constitución Política y en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad frente al tercero de buena fe (COLPENSIONES), solicita que al momento de revisar la decisión tomada por la Juez de instancia se realice un test o juicio de proporcionalidad pues considera que la decisión judicial crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de COLPENSIONES. Resalta que imponer esa carga en cabeza de la entidad tiene un impacto más lesivo para la sostenibilidad financiera del Sistema si se tiene en cuenta que es la única administradora del Régimen de Prima Media, alberga más número de pensionados y las pensiones se reconocen con subsidio de las arcas del Estado; por lo que se deben ponderar los bienes

⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia/26linkAudiencia. **Min 50:09 - 51:50**

⁶ Numeral 1 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020. Carpeta 02SegundaInstancia/.

jurídicos en tensión para que sea adoptada otra medida consistente en que sea la AFP privada quien asuma las cargas económicas derivadas de la declaratoria de ineficacia; o que en su defecto, los dineros que trasladen (aparte de realizarse de la forma indicada en la sentencia de primera instancia) se hagan conforme a un estudio actuarial emitido por COLPENSIONES en el cual se pueda determinar que con esos dineros se cubre íntegramente la prestación económica que se debe reconocer al demandante y no tendrá que subsidiarse con dineros del fondo común dichas prestaciones. **ii)** En caso de no acoger la anterior petición, se CONFIRME la decisión en lo referente a que el Fondo Privado debe realizar la devolución y reintegro de las sumas **de manera indexada (SL 5292-2021 y SL 5686- 2021)**.

Por otro lado, **el apoderado de la DEMANDANTE** en los alegatos de conclusión solicita se confirme la sentencia expresando en síntesis: i) Quedó probado que el fondo privado no brindó la información que su deber le imponía al momento de suscribir el formulario de afiliación. Recuerda los deberes de las entidades administradoras de pensiones en relación el acto jurídico de afiliación o traslado invocando el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 90 y 13 literal k) de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 656 de 1994, el Decreto 663 de 1993 artículo 97, la Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5 y 7, el Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014 y el Estatuto del Consumidor - **Ley 1480 de 2011** en su **artículo 23 - . ii)** Por todo lo anterior, solicito se confirme la decisión y se ordene devolver de los dineros de la parte demandante con dirección a COLPENSIONES, pague de su patrimonio los dineros que por concepto de los descuentos del artículo el artículo 20 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas por la actora, dineros que tenían como fin el pago del Fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Todo lo anterior debidamente indexado.

Y también intervino el apoderado de **PORVENIR**, solicitando básicamente: Revocar la sentencia de primera instancia en lo que hace referencia a la declaración de la ineficacia; Revocar la decisión en cuanto a la condena a cargo de trasladar a COLPENSIONES sumas diferentes a los aportes y rendimientos financieros durante el tiempo de permanencia del actor; y que en el evento de confirmar la decisión de la primera instancia en cuanto a declarar la ineficacia del traslado pensional, y a ordenar el reintegro de sumas adicionales a los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante, se debe confirmar que estos montos no se indexen, por cuanto los rendimientos obtenidos por la gestión de PORVENIR S.A., con suficiencia superan los rendimientos que hubiera obtenido la parte actora en el RPMPD

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso 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 analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver y si resulta acorde a derecho la CONDENA en COSTAS en contra de COLPENSIONES.

5. 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.

6. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ** nació el **10 de agosto de 1963** por lo que en este momento cuenta con **59 años**⁷; **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **1 de julio de 1983** y cotizó **30,57 semanas** hasta el **30 de enero de 1984**⁸. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario de traslado. La

⁷Carpeta 01PrimerInstancia/03demanda. Pág.10

⁸Carpeta 01PrimerInstancia/17Contestacion. Pág. 49

solicitud de vinculación a PORVENIR S.A se hizo el **27 de abril de 1994** y en ese momento laboraba en MECANELECTRO como representante de ventas⁹.

El demandado 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 actora¹⁰, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ** éste tenía menos de **40 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 60 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 los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que

⁹Carpeta 01PrimerInstancia/12Contestacion. Pág. 80

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 62 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, y por esta razón, debe la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado que ha de **CONFIRMARSE** 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)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **PORVENIR** 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 vinculante¹¹ 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 multifiliación¹², situación

¹¹ “**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.”

¹² **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.

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**). **viii)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se **MODIFICARÁ** la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PORVENIR S.A.**, decisión que no fue cuestionada. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia**, al conocerse en grado jurisdiccional de consulta, no se causan

7. 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 **Segundo** Laboral del Circuito de Itagüí, pero con las siguientes MODIFICACIONES al numeral **SEGUNDO** porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PORVENIR S.A.** debe **devolver** a **COLPENSIONES** la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros, **así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE**

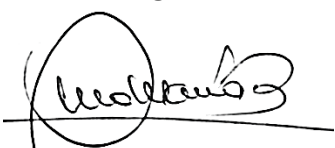
A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

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.

TERCERO: En esta instancia no se causaron costas.

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
SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 053603105 002 2022 00155 01

SENTENCIA del //24/02/2023

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/Epu5xl0dmYFJumL8Sc5ysP8B8QilODTfATHhw5VNptA6EA?e=FrjSIB