



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de marzo dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARGARITA MARIA DELGADO PEREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S. A
RADICADO: 05001 31 05 016 2021 00459 02
ACTA N°: 19

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 del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MARGARITA MARIA DELGADO PEREZ** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **PORVENIR y COLPENSIONES** y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Dieciséis 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 19** 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 o ineficacia del traslado de régimen así como válida y vigente la afiliación en el de Prima Media con Prestación Definida y se condene a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes que efectuó en el Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración. **ii)** Que se condene a COLPENSIONES a tener como válida, vigente y continua la afiliación en el Régimen de Prima Media, así como a recibir el valor de los aportes trasladados por PORVENIR S.A e imputarlos en la historia laboral. Y se condene a las entidades demandadas a lo que ultra y extra petita resulte debatido y probado en el transcurso del proceso.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** MARGARITA MARIA DELGADO PEREZ nació el 15 de junio de 1972, por lo que en la actualidad cuenta con

¹ 01PrimeraInstancia/001Demanda _p1-p13. Pag 6-7

49 años. Inició a cotizar al ISS (hoy Colpensiones) desde el mes de octubre del año 1988 hasta el mes de agosto del año 1994 cuando comenzó a cotizar con PORVENIR S.A. Al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos. **ii)** El día 25 de junio del 2021 envió Derecho de petición a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES solicitando el traslado de Régimen. **iii)** Es evidente el daño que va a sufrir en su mesada pensional y en su derecho a la seguridad social a causa de la deficiente asesoría que suministraron las AFP en el momento del traslado pues se omitió brindar asesoría y re asesoría antes de que se adentrara en el estado de no retorno; la Administradora es la experta en materia financiera y pensional y omitió el deber de información mínima, manteniendo al demandante en un error, mismo que fue el sustento para la afiliación y para la permanencia en el RAIS.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones proponiendo como excepciones las que denominó: ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DE LA DEMANDANTE AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, IMPROCEDENCIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO QUIEN DEMANDA SE ENCUENTRA PENSIONADO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INOMINADA O GENÉRICA.

COLPENSIONES llamó en garantía a **PORVENIR S.A** señalando que en virtud de no obrar con diligencia y cuidado en el suministro de información al momento de propiciar el traslado de régimen pensional de la señora MARGARITA MARIA DELGADO PEREZ produjo un desequilibrio en el sistema general de pensiones. la acción u omisión de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. derivó en un perjuicio para la Administradora Colombiana De Pensiones, Colpensiones, al tener que recibir un afiliado por fuera de los periodos de carencia, con alteración del cálculo actuarial por ausencia de permanencia mínima en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida, generándole la eventual obligación de reconocer pensión de vejez bajo los parámetros del régimen que administra y con el potencial deber de inclusión de un subsidio estatal que no se encontraba dentro de las proyecciones del fondo común.³

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 de la subsanación, y solicita se absuelva de todas y cada una de ellas a la demandada Propuso como excepciones las que

² 01PrimerInstancia/ 008ContestacionDemandaColpensiones_p106-p128. Pag 4-22

³ 01PrimerInstancia /009LlamamientoEnGarantiaColpensiones_p129-p141

⁴ 01PrimerInstancia /014ContestacionDemandaPorvenir_p185-p209. Pag 21- 23

denominó: PRESCRIPCION, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, BUENA FE, COMPENSACION, EXCEPCIÓN GENERICA.

Y se opuso al llamamiento en garantía adhiriéndose a las excepciones y fundamentos de derecho propuestos por cada una de las entidades demandadas y contenidos en sus contestaciones. Adicionalmente propuso las siguientes: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA, COMPENSACIÓN, RESTITUCIONES MUTUAS, PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, NEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO YA INDEMNIZADO, INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE MI REPRESENTADA Y LOS SUPUESTOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR COLPENSIONES, INEXISTENCIA ABSOLUTA DE PRUEBA DE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS, EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRETENSIONES GENERARÍA UN ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA A FAVOR DE COLPENSIONES, EXCEPCIÓN GENÉRICA, BUENA FE.⁵

3. SENTENCIA⁶

En la audiencia del **9 de diciembre de 2022** el **JUEZ DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁷: **i) DECLARÓ** ineficaz la afiliación de MARGARITA MARIA DELGADO PEREZ realizada a PORVENIR S.A. el 16 de AGOSTO de 1994, y, en consecuencia, DECLARÓ que, para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y siempre permaneció en el régimen de prima media. **ii) ORDENÓ** a PORVENIR S.A. trasladar a la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y devolver al régimen de prima media todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones de forma completa, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener gastos de administración ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir efecto jurídico alguno dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos. Para el cumplimiento de esta obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados por PORVENIR S.A. Se autoriza a COLPENSIONES, realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS conforme a la sentencia SU-62 de 2010, SU-130 de 2013 pero con cargo a los propios recursos de la AFP y en cumplimiento de la actual jurisprudencia de la Corte Suprema De Justicia. **iv)** Respecto de las excepciones propuestas por COLPENSIONES se abstuvo de resolverlas porque no participó en el acto jurídico que hoy se declara ineficaz. Respecto a las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. se declaran no probadas. **v) CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

4. RECURSOS DE APELACION DE PORVENIR S.A.

⁵ 01PrimerInstancia/029ContestacionAlLlamamientoEnGarantia_p366-p398 Pag 23-20

⁶ 01PrimerInstancia/035GrabacionAudienciaCompleta_p520-p520 Min 51:15

⁷ 01PrimerInstancia/035GrabacionAudienciaCompleta_p520-p520 Min 54:45

La apoderada cuestiona los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia sobre los valores a trasladar para que se revoque la decisión en lo que refiere a la devolución gastos de administración, sumas de seguros previsionales y conceptos con cargo al propio patrimonio y de forma indexada, señalando: **i)** De acuerdo con la ley 100 de 1993 los únicos valores a retornar frente a una declaratoria de ineficacia de traslado son los rendimientos y aportes conforme el artículo 20. Con la decisión se está generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones en la medida que va a recibir sumas que si hubiesen sido administradas en el régimen de prima media nunca se hubiesen causado, porque los rendimientos y emolumentos del RAIS son superiores. **ii)** Frente a las coberturas de las contingencias de invalidez y supervivencia se realizó la contratación de seguros previsionales con aseguradoras, terceros ajenos y de buena fe, pagos que ya fueron efectuados y se brindó la cobertura. **iii)** No hay razón alguna para considerar una indexación sobre las sumas teniendo en cuenta que la demandante tiene actualmente su cuenta de ahorros con PROVENIR y todos los valores están debidamente actualizados, invocando así sentencia del Tribunal Superior del distrito de Cundinamarca. **iv)** Y resalta la prescripción de las sumas por concepto de gastos de administración, seguros previsionales

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸ el apoderado de **COLPENSIONES** hizo uso de su alegato de conclusión en el cual refirió lo siguiente: **i)** Para cuestionar la condena a la declaratoria de ineficacia de traslado se refiere en su alegato a diversos tópicos: **a)** Sobre las Negaciones indefinidas para decir que las expuestas en la demanda no tienen tal carácter por lo que era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones. Así, señala que las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC. **b)** Considera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al establecer como regla general cuál debe ser el contenido mínimo de la información según la época en que se haya producido el traslado entre regímenes pensionales, se arroga una función que no le es correspondiente, señalando que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba lo que implica que es al juez, en cada caso concreto, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la valoración de la prueba (artículos 60 y 61 del CPTy SS y 164 y 176 CGP) invocando aclaración de voto en la sentencia SL 1452-2019. **c)** Sobre períodos mínimo de carencia invoca el artículo 13 de la Ley 100 modificado por

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

el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C - 1024 de 2004 , C-789 de 2002, SU-062 de 2010 y SU – 130 de 2013 para señalar que se aprecia en el presente caso que el traslado por vía judicial se pretende habiendo cercanía a la edad mínima pensional, deduciéndose de acuerdo con las reglas de la sana crítica que la finalidad de la parte actora es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose que por largo tiempo no ha habido aportes al régimen pensional público. Finalmente solicita tener en cuenta Salvamento de voto en la sentencia SL3537-2021 al momento de proferir la decisión. **ii)** Sobre las sumas a devolver, expresa que en el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, comedidamente solicita que se ordene a la Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

Si bien el recurso de apelación de **PORVENIR S.A** solo versa en relación con las sumas que se ordenó devolver aspecto en el que insistió en sus alegatos, en esta instancia pretende introducir extemporáneamente otros cuestionamientos en contra de la sentencia, solicitando **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVERLA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, planteando en síntesis: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia del traslado:** a) Que en este asunto no se alegó ni probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Tampoco se acreditan los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 ni del artículo 897 del Código de Comercio, y agrega que pese a lo diáfano de las normas, "la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional" e insiste en que en este asunto **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, destacando que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico (arts. 243 y 244 del CGP y parágrafo del art. 54A del CPT, artículo 114 de la 100 de 1993 y artículos 246 y 272 del CGP) . b) **PORVENIR S.A.**, como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media. La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. PORVENIR aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el. c) Cuando se celebró el

acto jurídico de vinculación con la demandante, PORVENIR únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados. Invoca la sentencia **SL1637-2022. d)** Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de las pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S. el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil relacionadas con la validez de los negocios jurídicos (artículo 1602 del Código Civil). A continuación, plantea la diferencia legal de la ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y sus efectos. **ii) Sobre las sumas a devolver: a)** Invoca el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1746 del CC así como la sentencia para concluir razonablemente que solo se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. **b)** Invoca los artículos 1746 y 964 del Código Civil, así como sentencia de la Sala de Casación Civil (*sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01*) para señalar que en atención al principio de la congruencia de la sentencia al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS. **c)** Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada. **d)** Y sobre la indexación de las condenas invoca la sentencia C- 00161 del 2010 de la que transcribe apartes t de la sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, así como providencias del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso sobre las materias del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de 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 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 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) **MARGARITA MARIA DELGADO PEREZ** nació el **15 de junio de 1972** por lo que en este momento cuenta con **50 años**⁹; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **19 de octubre de 1988** y cotizó 99,00 semanas hasta el mes de **agosto de 1994**¹⁰; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL en PORVENIR S.A suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **16 de agosto 1994**¹¹.

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

⁹ 01PrimerInstancia/ 004AnexosDemanda_p17-p100.pdf pág. 36

¹⁰ 01PrimerInstancia/GRP-SCH-HL-66554443332211_2174-20220127123706. pdf. Pag 1

¹¹ 01PrimerInstancia/004AnexosDemanda_p17-p100.pdf Pag 46

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

Como para la época en que suscribió el formulario 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 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 55 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de las MUJERES a los 60 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia**. **v)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57**

años, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, 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 **MARGARITA MARIA DELGADO PEREZ**, 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 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)** 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. Siendo, así las cosas, se MODIFICARÁ y ADICIONARÁ la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A. decisión que no fue cuestionada por la recurrente. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por PORVENIR S.A. se causan a su cargo. Agencias en derecho 1 salario mínimo mensual vigente del 2023.

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:**

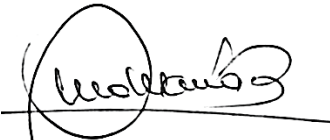
PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado **Dieciséis** Laboral del Circuito de Medellín, pero MODIFICANDO y ADICIONANDO el numeral **TERCERO** porque dentro de los 30 días siguientes a la notificación de esta providencia **PORVENIR S. A.** debe **devolver** a **COLPENSIONES** la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros.

Y se CONDENAN a **PORVENIR S.A.** a **devolver** a **COLPENSIONES** los **gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho (1) salario mínimo legal vigente del 2023.

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 016 2021 00459 02

SENTENCIA del //17/03/2023

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/Etn65d-9HmBDp_YjrgfDLsUB6gR8d5hRYrkMtqgUzmg2sg?e=CYq38d