



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MELBA ISABEL ABAUNZA FAJARDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICADO: 050013105 – 025-2021-00030-01
ACTA N°: 41

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 **MELBA ISABEL ABAUNZA FAJARDO** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A** para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de **PORVENIR** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Veinticinco 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 41** 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 ABSOLUTA** o **INEFICACIA** de la afiliación al RAIS, realizado por la demandante a **PORVENIR S.A.** por existir un vicio en el consentimiento debido a la inexistente asesoría, que indujo al error; y se **DECLARE** que el contrato de declaración de voluntad que dio lugar a la afiliación/traslado es **NULO** o **INEFICAZ**, sin efectos jurídicos desde su génesis; ii) Como consecuencia de lo anterior, se entienda sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al RPM; iii) Que se **ORDENE** a PORVENIR a trasladar de la cuenta de ahorro individual todos los aportes con los correspondientes rendimientos a COLPENSIONES; iv) Se condene a las demandadas a costas y agencias en derecho.

¹ Archivo 01DemandaYAnexos; pág. 4 – 13

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** MELBA ISABEL ABAUNZA nació el 08 de enero de 1962 por lo que al momento de presentar la demanda contaba con 59 años. **ii)** Estuvo afiliada al I.S.S desde el 03 de marzo de 1993 hasta el 01 de diciembre de 1998, fecha en la que, sin la existencia de una correcta asesoría, le fue aprobado el traslado al RAIS específicamente a la AFP PORVENIR. La inexistencia de la asesoría conllevó a que la demandante nunca supiera que podría perder sus derechos adquiridos en el RPM, tampoco tuvo conocimiento que para pensionarse anticipadamente se afectaría el valor de su bono pensional y por ende el cálculo actuarial de las mesadas; no contó con la información de las variables a las que está sometida la pensión, ni las modalidades pensionales; no se le realizó cálculo actuarial, ni se le indicó que en el RPM se promedian sus ingresos de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral. La entidad faltó a su deber de información, pues las AFP tienen la responsabilidad de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible. **iii)** Por lo anterior, inició las gestiones tendientes a solicitar a las distintas AFP información sobre su estado de afiliación, documentos relacionados con el traslado y la consecuencial solicitud de declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, todas ellas resolvieron de manera negativa la solicitud presentada. **iv)** COLPENSIONES no le dio trámite a las dos ocasiones en las que se presentó la reclamación, afirmando que faltaba el poder, sin tener en cuenta que se había adjuntado. PORVENIR respondió de manera negativa el 11 de mayo de 2021. **v)** De la repuesta de PORVENIR, causante directo del traslado inicial, se puede concluir que confiesan expresamente no haberle realizado a la demandante ningún cálculo actuarial, ni se aportaron constancias de la asesoría brindada en los que brindarían los elementos de juicio técnicos, serios y responsables.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR²

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando, en síntesis: **i)** El traslado del RPM al RAIS se realizó mediante una afiliación de forma informada, libre y voluntaria puesto que recibió una asesoría, donde se suministró toda la información clara, suficiente y veraz explicándole las características del régimen, en cumplimiento de la normatividad existente al momento de la vinculación. **ii)** Indica que no hay causal que invalide la afiliación, y que la consecuencia jurídica que pretende la parte demandante no es procedente, pues casos como este se deben abordar desde la perspectiva de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades. **iii)** Señala que si bien existía una obligación para las AFPs de entregar información a quienes pretendiesen vincularse a ellas, era una información necesaria, veraz y suficiente, pero nada más. No había obligación de brindar una asesoría, de dar un buen consejo incluso para desincentivar la afiliación, ni mucho menos una doble asesoría. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los

² Archivo PDF 07ContestacionDemandaPorvenir; pág. 2 – 30

regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad. **iv)** Se opuso a las solicitudes Ultra y Extra petita al igual que de ser condenado en costas.

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

2.2. COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que se opone a una eventual CONDENA y/o DECLARATORIA de INEFICACIA de traslado, entre tanto, NO esté demostrado que existe vicio en el consentimiento alguno, ni mucho menos menoscabo a derechos fundamentales se opone a todas las pretensiones mientras no se demuestre vicio en el consentimiento ni el menoscabo a derechos fundamentales pues era del interés de la demandante captar una prestación económica a menos edad de la que se exige en el RPM, además, de beneficiarse de todas aquellas características propias del RAIS, mientras que por el contrario COLPENSIONES no intervino en la decisión de la afiliada de su propio traslado y además la Corte Constitucional avaló la coexistencia de ambos regímenes y en sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 consideró válida la pérdida del Régimen de Transición para las personas que se habían traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, excepto para las personas que tuvieran 15 años de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, lo cual no es el caso de la actora. Propuso como excepciones las que denominó: CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, COMPENSACIÓN.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **07 de diciembre de 2021** la **JUEZ VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARÓ** la INEFICACIA del traslado al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad realizado el 01 de diciembre de 1998 por la señora MELBA ISABEL ABAUNZA FAJARDO; **ii) CONDENÓ** a PORVENIR a trasladar el monto capital ahorrado por la demandante desde el 01 de diciembre de 1998 y hasta el momento que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos con destino a COLPENSIONES. Se ordenó también devolver a esta entidad

³ Archivo PDF 09ContestacionDemandaColpensiones; pág. 2 – 14

⁴ Archivo PDF 19ActaAudiencia y PDF 18ConstanciaEnlaceAudiencia

todos los valores que la AFP hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora FAJARDO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los rendimientos que se hubieren podido causar así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, sumas todas que deberán ser **INDEXADAS** al momento de su depósito efectivo en COLPENSIONES. Si la sumatoria de todos los valores y conceptos que se ordena trasladar, resulta inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubiesen generado en caso de que la demandante hubiera permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media, será la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. quien asuma la diferencia que resulte; **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES recibir de PORVENIR, los valores aludidos en el numeral anterior, y a incorporarlos como aportes pensionales efectivos en la historia laboral de la señora MELBA ISABEL ABAUNZA FAJARDO; **iv) DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR,

4. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR

Sustenta recurso de apelación de forma total, así: **i)** Señala que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley, pues la entidad al momento de realizar el traslado de la parte accionante cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 del 93' entregándole a la parte actora la información del régimen de ahorro individual obligatoria para el momento del traslado; el mismo formulario, el cual recuerda, que es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos que se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que Porvenir ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos. **ii)** Afirma que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante, pues esa obligación surgió con la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, y teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que la AFP se encuentre en una mejor posición de probar que acredite lo solicitado. **iii)** Insiste en que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso la obligación de desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1688, SL1689 y SL3464 de 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos podrían aplicarse estas obligaciones de forma retroactiva. **iv)** Considera que en el presente caso lo que se avizora es un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa

o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el actual sistemático y reiterado por la parte demandante, pues ésta dentro de su interrogatorio de parte manifestó en diferentes ocasiones que no realizó comparaciones con otros fondos pensionales, no hizo preguntas o indagaciones en el momento de suscribir el formulario, ni tampoco hizo uso de los canales de comunicación con los que cuenta mi representada, aun cuando contaba con la capacidad para obrar con este mínimo de diligencia. La totalidad de las condiciones del régimen de ahorro individual no son impuestas por las administradoras de fondos de pensiones, sino por el contrario en dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones están dentro de la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa tal y como lo establece el artículo 9 del Código Civil colombiano. **v)** Solicita si se decidiera por parte del H. Tribunal dejar en firme esta ineficacia de la afiliación, solicita que se revoque de igual forma la condena de traslado de los dineros descontados por gastos de administración y cuotas aseguradoras decretadas en la sentencia, pues las sumas correspondientes a gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Resaltando que en el presente caso, es claro que dichos descuentos cumplieron plenamente con su cometido y actualmente no están en el patrimonio de Porvenir, pues se han destinado a cubrir los gastos en los que incurrió para la generación de frutos y rendimientos que se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse, pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retraerlo por parte del afiliado en este caso, pues se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos no se dio de forma (inaudible 00:42:06) por parte de Porvenir sino obrando de acuerdo con un mandato legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 del 93' y la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e. del artículo 60 de la misma ley.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia ninguna de las partes intervino.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR** 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 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) **MELBA ISABEL ABAUNZA FAJARDO** nació el **08 de enero de 1962** por lo que en este momento cuenta con **60 años**⁵; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el 03 de marzo de 1993 y cotizó 26,43 semanas hasta septiembre de 1993⁶; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **16 de octubre de 1998** y en ese momento laboraba en la IGLESIA COMUNIDAD CRISTIANA DE FE Y VIENTO FRESCO⁷.

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*

⁵ Archivo PDF 01DemandaYAnexos; pág. 56

⁶ Archivo PDF 09ContestacionDemandaColpensiones; pág. 27

⁷ Archivo PDF 07ContestacionDemandaPorvenir; pág. 37

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

Como para la época en que suscribió el formulario 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 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 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)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados

en el I.S.S. **v)** 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) 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 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.

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 ABAUNZA FAJARDO. 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 el recurso interpuesto por esta AFP serán a su cargo y a favor de la demandante. Agencias en derecho 1 SMMLV

8. LA DECISIÓN

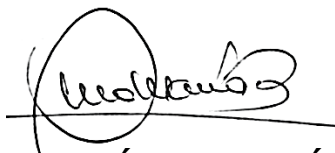
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, pero con las siguientes adición al numeral **SEGUNDO**, porque en caso de haberse redimido el bono pensional del demandante, se **ORDENA a PORVENIR S.A** 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. Agencias en derecho 1 SMMLV

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
SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA



RADICADO: 050013105 – 025-2021-00030-01

SENTENCIA del //17/06/2022

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/EsXI4sDd19Pv1GqQLpUMtQBneKLcN8ek4dXFcFcMePX_Q?e=1ZTgdZ