



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR
RADICADO: 053603105 – 001-2021-00365-01
ACTA N°: 48

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES** para pronunciarse en virtud de recuso de apelación del **DEMANDANTE Y PORVENIR S.A** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Primero 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 48** 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 básicamente lo siguiente: **i)** Que se **DECLARE** que PORVENIR engañó al actor con el fin de trasladarlo y mantenerlo afiliado en la entidad, se **DECLARE** la **INEFICACIA** del traslado al RAIS y se ordene la inmersión en el RPM. Y se **DECLARE** que COLPENSIONES debe aceptar el traslado al igual que recibir todos los dineros que reciba de PORVENIR. **ii)** Que se **CONDENE** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones, bonos, entre otros, con los rendimientos que hubieren causado, junto con las cotizaciones realizadas por el actor para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, fondo de solidaridad, y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, esto a cargo de los recursos de la entidad y debidamente indexado. **iii)** Si COLPENSIONES no es condenado al pago del retroactivo pensional y a los intereses moratorios, piden se **CONDENE** en calidad e indemnización de perjuicios materiales a PORVENIR al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con los intereses

¹01PrimerInstancia → Archivo 01DemandaAnexos. Pág. 2-11 / PDF

moratorios o la indexación desde el retiro del sistema y hasta que tal obligación se ordene a COLPENSIONES, y la condena en costas a la AFP privada. **iv)** De forma subsidiaria y en razón al engaño sufrido por el accionante, piden que se **CONDENE** a PORVENIR en calidad de indemnización de perjuicios al pago de la pensión de vejez de forma vitalicia y en las condiciones que hubiese tenido en el RPM, y al pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El demandante nació el 24 de agosto de 1959 por lo que a la fecha de instaurada la demanda contaba con 62 años. **ii)** Se afilió al RPM en enero de 1979, cotizando en dicho régimen hasta 1999. **iii)** El 28 de octubre de 1999 le hicieron suscribir al demandante el formulario de afiliación a la AFP sin explicarle los pros y contras de tomar esa decisión, nunca se detuvieron a advertirle las características de los regímenes pensionales RPM y RAIS, con el fin de que tuviera la oportunidad de escogencia, ni se le hizo una asesoría personalizada en la que se le calculara o proyectara la pensión, entre otras muchas faltas de información necesarias para tomar la determinación de manera consciente e informada. **iv)** Presentó petición a la demandada y en respuesta a las preguntas formuladas obtuvo la siguiente contestación: 1) no cuentan con el archivo físico de la asesoría que recibió al momento de la afiliación al fondo privado, ya que se hacen verbalmente y, 2) que la mesada pensional en el fondo privado para el momento en que se pensione correspondería a la suma de \$908.526., monto que no le alcanza para satisfacer sus necesidades básicas y se verá obligado a seguir trabajando **v)** La entidad demandada no le advirtió al actor que después del 24 de agosto de 2011 no podría trasladarse al RPM. **vi)** Desde el 11 de agosto de 2021 solicitó traslado a COLPENSIONES pero se le ha negado por faltarle menos de 10 años para tener la edad pensional. El demandante ya cumple con los requisitos de edad y semanas.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del régimen de prima media se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando, en síntesis: **i)** El traslado fue libre y voluntario y COLPENSIONES no tuvo participación en este y el accionante se encuentra a menos de 10 años de adquirir la edad pensional. El actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, y que el traslado de las sumas cotizadas por el actor debe hacerse debidamente indexado. **ii)** Se **OPONE** a que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y a los intereses moratorios debido a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y debe ser la entidad a la que este afiliado la que debe realizar el estudio de su derecho. **iv)** se **OPONEN** a la condena en costas por ser la entidad un tercero ajeno sin incidencia en el traslado.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RESPECTO AL TRASLADO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONCER PENSIÓN DE VEJEZ, INEXISTENCIA DE LA

²01PrimerInstancia → Archivo 08RespuestaDdaColpensiones Pág. 2 – 17 / PDF

OBLIGACIÓN DE RECONOCER INTERESES MORATORIOS, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS, 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, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS.

2.2. PORVENIR³

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la siguiente manera: **i) Se OPONE** a que se declare la ineficacia del traslado por el supuesto engaño en que PORVENIR indujo al afiliado en atención a que no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, de modo que el traslado fue válido y precedido por una asesoría clara con toda la información necesaria. **ii) Manifiestan** que, teniendo en cuenta lo anterior, es claro que no hay lugar a trasladar capital alguno ni a que Colpensiones reciba los aportes pues la afiliación del demandante al RAIS es válida. Sin embargo, si se indicara que hubiese lugar a la ineficacia del traslado, es claro que no habría lugar a la devolución de gastos de administración por lo siguiente: 1) mi representada no sólo aceptó los aportes realizados, sino que, por demás se encargó de administrarlo de manera efectiva, lo que trajo de suyo la generación de rendimientos económicos y; 2) Pretender la devolución de los gastos de administración y de rendimientos económicos supone que, sí se quieren dejar en firme los rendimientos económicos, esto redundaría en un pago de lo no debido y va en contra de la figura misma de la ineficacia. **iii) Se OPONE** a la condena en costas por carecer de fundamento jurídico las pretensiones y, en consecuencia, condenar al demandante en costas y agencias en derecho.

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

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **4 de abril de 2022⁵** la **JUEZ PRIMERA LABORAL DEL CIRCUITO DE ITAGÜÍ** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARA** la ineficacia del traslado efectuado por el señor FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES a la sociedad HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y **ORDENA** a PORVENIR S.A. a efectuar el traslado inmediato de todos los valores que ha recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos

³01PrimerInstancia → Archivo 09RespuestaDdaPorvenir Pág. 2 – 31 / PDF

⁴01PrimerInstancia→ Archivo 19ActaAudConcentrada Pág. 1 – 5 / PDF

⁵01PrimerInstancia→ Archivo 18AudConcentrada / Minuto 55:10 / VIDEO

pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubieran causado, sumas adicionales de las aseguradoras, cuotas de administración, el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, **todo debidamente indexado** con destino con destino a COLPENSIONES. **ii) Se ORDENA** a COLPENSIONES recibir las sumas indicadas, reactivar la afiliación del señor FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES y continuar como su administradora de pensiones. **iii) CONDENA** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES la **pensión de vejez** en aplicación de lo dispuesto en la ley 100 de 1993 con las modificaciones propias de la ley 797 del año 2003, liquidándose el IBL con base en el **artículo 21 de Ley 100 de 1993**, teniendo en cuenta los últimos 10 años de cotización o toda la vida laboral según sea más favorable al demandante aplicando la **tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100**, teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas y el IBL encontrado. La pensión se iniciará a disfrutar **a partir del momento en el cual se verifique el retiro** definitivo del sistema del actor con el último periodo cotizado, o la última cotización que haya dado lugar a la desafiliación correspondiente, y en el equivalente a **13 mesadas** pensionales anuales sin perjuicio de los incrementos a que haya lugar. En caso de que al momento del pago se genere un retroactivo pensional, sobre el mismo, se autoriza COLPENSIONES a efectuar los **descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud** a que haya lugar. **iv) Se ABSUELVE** a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra y se **DECLARA** improbadamente la excepción de prescripción. Se **CONDENA** en costas a PORVENIR S.A. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. DEMANDANTE⁶

Solicita que aparte de los emolumentos ordenados en esta sentencia, se incluya la devolución del fondo de solidaridad pensional y que dichos conceptos sean debidamente indexados.

4.2 EL RECURSO DE PORVENIR⁷

Solicita se revoque la decisión y en consecuencia se absuelva de la declaratoria de ineficacia y el traslado de los recursos a COLPENSIONES, señalando: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia: a)** Para el momento del traslado del señor FRANCISCO en el año 1999, se cumplió con los requisitos legales para tal momento, dejando como soporte documental la decisión libre, voluntaria e informada por parte del actor, el formulario de vinculación el cual cumplía con los requisitos legales vigentes para tal momento, y, que para ese momento se le brindó una asesoría de una manera verbal. **b)** Se le brindó una información de manera constante pues se le envió reportes o extracto de su historia laboral durante toda la vinculación del actor, y que para el momento de la vinculación

⁶01PrimerInstancia→ Archivo 18AudConcentrada / Minuto 58:03 / VIDEO

⁷01PrimerInstancia→ Archivo 18AudConcentrada / Minuto 58:47 / VIDEO

contaba con estudios superiores en derecho, por lo que podía entender la información que se les estaba brindando y el acto jurídico que estaba celebrando. **ii)** Sobre las sumas a devolver argumenta que PORVENIR **no** debe ser condenada a trasladar lo atinente al artículo 20 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que estos descuentos se realizaron bajo el imperio de la normativa con una destinación legal especificada en dicho artículo, cumplieron su cometido como lo es el cubrimiento de la invalidez y la sobrevivencia, así como la garantía de la pensión mínima para garantizar la solidaridad del sistema.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, los apoderados de las tres partes decidieron intervenir de la siguiente manera:

5.1 ALEGATO DE COLPENSIONES

La intervención de la entidad se contrae a dos aspectos: **i) Sobre la ineficacia del traslado:** **a)** COLPENSIONES en el acto jurídico de afiliación entre el afiliado y PORVENIR no tuvo incidencia alguna, ya que no participó del mismo; por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no pueden perseguir a la entidad, ni mucho menos afectarla. **b)** Solicita se realice un test o juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta estos 3 criterios fundamentales: 1) La idoneidad o adecuación de la medida tomada; 2) La necesidad de dicha medida y; 3) La proporcionalidad entre la medida tomada y los fines perseguidos con ella. Al aplicar este test de proporcionalidad, se podría claramente ver como no pasaría el segundo criterio, esto es, "la necesidad", pues existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado y es que la AFP privada a la que está afiliado sea la que se haga cargo de las prestaciones económicas, o, 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) Sobre las sumas a devolver**, solicita que la devolución y reintegro tenga en cuenta las siguientes sumas: recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, y que dichos rubros sean trasladados de manera indexada. Si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media; se pide que sean dichos fondos privados quienes asuman el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos, evitando así un detrimento en las cuentas manejadas por COLPENSIONES. **iii)**

Finalmente, se solicita que se CONFIRME la decisión de no condenar en costas a la entidad por actuar de buena fe y ser un tercero ajeno a la operación.

5.2 EL ALEGATO DEL DEMANDANTE

El apoderado solicita se confirme la sentencia apelada, señalando: **i)** Quedó probado que el fondo privado no brindó la información que su deber le imponía al momento de suscribir el formulario de afiliación. No puede argumentarse que existe una manifestación libre y voluntaria si la persona desconoce la incidencia que la decisión de traslado pueda tener frente a sus derechos prestacionales, siendo claro que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, como es en el presente caso, pues el asesor del fondo privado en ningún momento le suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, sobre los perjuicios que en su derecho pensional traería el hecho del traslado al régimen de ahorro individual. **ii)** Solicita que se ordene incluir además de los conceptos indicados en primera instancia, el fondo de solidaridad a cargo de los fondos privados para ser regresados a COLPENSIONES. Y que se condene al pago de la indexación de las sumas que se ordenaron trasladar en primera instancia, con la finalidad que se no se pierda el poder adquisitivo de la moneda.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el DEMANDANTE y PORVENIR S.A. y en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe REVOCARSE la DECISIÓN de NO DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

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

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

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

prestan **la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.**

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

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

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado 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

7.1. LA INEFICACIA DE TRASLADO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES** nació el **24 de agosto de 1959** por lo que en este momento cuenta con **62 años**⁸; **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el 14 de enero de 1979 y cotizó 650,14 semanas hasta 1999⁹; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario de traslado cuya solicitud de vinculación se hizo el **28 de octubre de 1999** y en ese momento laboraba en la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE ITAGUÍ como PROFESIONAL UNIVERSITARIO¹⁰.

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 el actor, 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 **FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES**, este 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 el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una

⁸01PrimerInstancia → Archivo 01DemandaAnexos. Pág. 15 / PDF

⁹01PrimerInstancia → 08RespuestaDdaColpensiones - La historia Laboral actualizada al 16 de diciembre de 2021 - Pág. 53 / PDF

¹⁰01PrimerInstancia → Archivo 09RespuestaDdaPorvenir Pág. 40 / PDF

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 el 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 los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital depositado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el régimen de prima media en caso de que optara por afiliarse al I.S.S. **iv)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por el señor **RESTREPO MORALES**, diligencia en la fue enfático en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR,

conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Debe destacarse que la ADMINISTRADORA DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-**

2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PORVENIR S. A.** efectuará la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**); **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Así, también en este aspecto se **CONFIRMA** la providencia que se revisa.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión el DEMANDANTE alcanzó los **62 años**, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual del señor **RESTREPO MORALES**. 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.

7.2. LA PENSIÓN DE VEJEZ

Habiéndose concluido que en este caso procede la DECLARATORIA de INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN y decidido, que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pasamos ahora analizar la pretensión de la demanda dirigida a que se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora, por haber cumplido con los requisitos consagrados en el artículo **9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993**.

La Juez condenó a la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES y en favor del demandante, ordenando el disfrute **a partir del momento en el cual se verifique el retiro** definitivo del sistema del actor con el último periodo cotizado, o la última cotización que haya dado lugar a la desafiliación correspondiente, y en el equivalente a **13 mesadas** pensionales anuales sin perjuicio de los incrementos a que haya lugar. En caso de que al momento del pago se genere un retroactivo pensional, sobre el mismo, autorizó a COLPENSIONES a efectuar los **descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud** a que haya lugar

Pues bien, en relación con el régimen pensional del demandante, se observa lo siguiente: **i)** Se afilió al I.S.S. desde el 14 de enero de 1979. A partir **de diciembre de 1999** continuó sus cotizaciones en PORVENIR, **ii)** De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que, tal como se indicó en el **acápito 7.1.** de esta providencia, no existe duda que el señor **FRANCISCO ANTONIO RESTREPO MORALES** no es beneficiario del régimen de transición, porque al 1 de abril de 1994 no había cumplido 40 años de edad ni 15 años de servicio; en consecuencia, su régimen pensional es el definido en la **Ley 797 de 2003**. Y cumple con las exigencias del **artículo 9** acreditando más de **1300 semanas**¹¹ y la edad mínima de **62** que alcanzó el **24 de agosto de 2021**¹², fecha en la que se causó el derecho pensional, que por ser posterior al **31 de julio de 2011**, genera el derecho a **13 mesadas al año**, en los términos del **AL 01 de 2005**. **Por ello, se CONFIRMARÁ la decisión de CONDENA al reconocimiento pensional.**

Y también se CONFIRMA la decisión en relación con el disfrute de la mesada: **i)** Si bien el derecho se ha causado, lo cierto es que el disfrute de la prestación **está supeditado** a que se produzca **el retiro del sistema**, en los términos de los **artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990**, aplicables en virtud de lo previsto en el **artículo 31 de la Ley 100**. Y ha sido pacífico el entendimiento efectuado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de

¹¹ Archivo 09 – RESPUESTA PORVENIR – página 32 a 39 – HISTORIA LABORAL DE PORVENIR con la que acredita **1748 semanas** a noviembre de 2021.

¹² Página 15 archivo 01 DemandaAnexos.

Justicia, en relación con la diferenciación entre estas dos categorías jurídicas, reiterando en innumerables oportunidades, que estas disposiciones consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez. ii) Pero es cierto que el precedente se ha decantado para enfatizar que **la acreditación del retiro del sistema no amerita prueba solemne**, y desde esa perspectiva, se puede verificar a partir del análisis del acervo probatorio, por ejemplo, cuando a pesar de que en la HISTORIA LABORAL no repose la Novedad de Retiro, la intención del actor de no seguir afiliado al sistema se pueda deducir o es constatable **desde el momento en que deja de cotizar**¹³. iii) Por esta razón, el retroactivo pensional procede a partir del retiro del sistema, que bien puede concretarse de manera expresa a partir del reporte de la novedad concreta que se realice en el Sistema General de Pensiones, o tácitamente, a partir del día siguiente de la última cotización.

Así, la decisión adoptada en la providencia en relación con la CONDENA a la pensión de vejez se encuentra ajustada a derecho por lo que será **CONFIRMADA**, pues además se profieren con claridad y acorde a nuestro ordenamiento los criterios para su reconocimiento, con el IBL regulado en el **artículo 21 de Ley 100 de 1993**, teniendo en cuenta los últimos 10 años de cotización o toda la vida laboral según sea más favorable al demandante y aplicando la **tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100**, teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas y el IBL encontrado.

7.3. 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**, no se causan porque ninguno de los dos recursos (PORVENIR y el DEMANDANTE) prosperan.

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**:

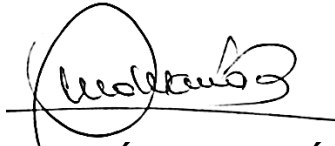
PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí, pero se adiciona el NUMERAL SEGUNDO, porque en caso de haberse redimido el bono pensional del demandante, se **ORDENA** a **PORVENIR** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

¹³ **SL2567-2018**. Radicación 58021 del 4 de julio de 2018. **SL3608-2018** del 18 de julio – Rad. 57021. **SL1744-2019** del 8 de mayo – Rad. 62362.

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 PATRICKA YEPES GARCÍA



RADICADO: 050013105 –001-2021-00365

SENTENCIA del //28/07/2022

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

Enlace en caso de no tener lector QR: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmdRZKOidSZPjlr7ZPvHd8UBxgFILj5WLRuGkyiKWfuEaQ?e=fecQPd