



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: JOSE HUMBERTO ECHEVERRY GARCIA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 050013105 – 025-2021-00182-01
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 **JOSE HUMBERTO ECHEVERRY GARCIA** en contra de **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, para pronunciarse en virtud de recuso de apelación de las entidades y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Veintiocho** Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 48** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i) Que se DECLARE nula o ineficaz** la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realice la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir. **ii) ORDENAR** a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías Porvenir como consecuencia de la declaratoria de nulidad del regreso automático del mandante al régimen de prima media con prestación definida, devolver a Colpensiones, todos los valores que recibió Porvenir con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, costos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil. **iii) CONDENAR** a Porvenir, a pagar y trasladar a Colpensiones a nombre del demandante los dineros faltantes en caso de que el saldo sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, así mismo **CONDENAR** a Colpensiones el traslado de mi demandante de el régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida y a

¹ 01 DemandaYAnexos.pdf Pag 4-38

actualizar la historia laboral de mi demandante con todos los aportes realizados por este a Porvenir. **iv) CONDENAR** a las demandas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P. **v)** Que se **DECLARE** y se **CONDENE** a todo lo ultra y extra petita que resulte probado a favor de mi poderdante.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La demandante nació el 29 de octubre y cumplirá 62 años de edad el 29 de octubre de 2023. Prestó servicio a diferentes entidades desde el 4 de enero de 1980 hasta agosto de 2021 y tiene un total de 1.068 semanas. **ii)** Fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el ISS - hoy COLPENSIONES - a partir del 4 de enero de 1980 hasta el 31 de diciembre de 2000. El demandante frente a la publicidad de los fondos y la gestión realizada por sus promotores de afiliación, se trasladó del ISS al PORVENIR, realizándose afiliación el 1 de enero de 2001 sin brindarle información veraz, ofreciéndole al demandante que se trasladara al RAIS y lograría pensionarse a más temprana edad. **iii)** Si hubiese continuado con el régimen de prima media, obtendría una pensión por \$2.216.110 aproximadamente con un IBL de \$2.462.344 por los últimos 10 años. **iv)** El día 21 de abril de 2021 solicitó a PORVENIR que se realice y autorice traslado COLPENSIONES por el engaño y la desinformación. Por lo tanto, pero la entidad no emitió respuesta. Y en la misma fecha también solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, pero recibió respuesta negativa por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR S.A.²

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando, en síntesis: **i)** Se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, ya que al ser traslado de régimen completamente válido, no hay lugar a acceder a tal pretensión, máxime cuando no se demostró la causal de la ineficacia que invalide la afiliación voluntaria del demandante en el RAIS. **ii)** Consideran que carece de todo fundamento jurídico y fáctico atendible la presente demanda, en consecuencia, en consecuencia, no se requiera el uso de las facultades ultra y extra petita por parte del despacho.

Propuso como excepciones de mérito: PRESCRIPCION, PRESCRIPCION DE LA ACCION DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, BUENA FE.

2.2. COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media manifestó la oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando básicamente: **i)** El demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal e). **ii)** No es procedente la pretensión de nulidad de afiliación, y para ello invoca los artículos

² 04 ContestacionPorvenir.pdf Pág. 1-20

³ 05 ContestacionColpensiones.pdf Pág. 1-29

1502, 1750, 1752 y 1754 del CC y la sentencia C 597 de 1998. iii) Se presume válida la vinculación del demandante ante la AFP PORVENIR y no es procedente declararla nula, porque su afiliación al RAIS fue en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen de conformidad con lo establecido en la Ley 100 artículo 13 literal B.

Propuso como excepciones de fondo: FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL TRASLADO A LA AFP PORVENIR S.A., IMPROCEDENCIA DE LA OBLIGACION DE PAGAR INTERESES MORATORIOS, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION, INOPONIBILIDAD DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION DE LA ACTORA CON LA AFP PORVENIR S.A. FRENTE A COLPENSIONES COMO TERCERO DE BUENA FE, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 1604 DEL COSIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCION DE APOFRTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCION DE CUOTAS DE ADMINISTRACION DEBIDAMENTE INDEXADAS POR PARTE DE LA AFP PORVENIR S.A. DEVOLUCION DE LSO APORTES DEBIDAMENTE DISCRIMINADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCION, COMPENSACION, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS, EXPECION INNOMINADA.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **07 de noviembre de 2021⁵** la **JUEZ VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el señor José Humberto Echeverry García el 27 de noviembre de 2000. **ii) CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia para que traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del señor José Humberto Echeverry García incluyendo las cotizaciones completas y los respectivos rendimientos financieros, así como los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora; y sin lugar a descuentos por conceptos de cuotas de administración, fondo de garantías para pensión mínima y pagos de seguro y reaseguro que se hubiesen podido generar desde el 1 de enero de 200 y hasta la fecha en que se realice el traslado efectivo. Sumas de dinero que deberán trasladarse **debidamente indexadas**, con cargo a los propios recursos de la administradora de fondos de pensiones. Se advierte que 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, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia. **iii) ORDENAR** a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. los valores aludidos en el numeral anterior y a incorporarlos como aportes pensionales en cada una de las historias laborales del señor José Humberto Echeverry García. **iv) DECLARAR** improbadamente las

⁴ 17 ActaAudienciaConcentrada.pdf

⁵ 17ActaAudienciaConcentrada.pdf

excepciones propuestas por las entidades accionadas, por las razones expuestas en la parte motiva y **COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A. a favor del demandante.

4. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de la entidad plante dos motivos de inconformidad: **i) Sobre la declaratoria de Ineficacia del traslado al RAIS** señala: **a)** En el proceso no existían fácticas o jurídicas para tal declaratoria en tanto la voluntad de afiliación, del demandante se llevó de forma espontánea sin presiones o apremios alguna naturaleza pues su representada al momento de realizar el traslado del actor efectivamente brindó una información suficiente de acuerdo con la normatividad vigente, es así como cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97. **b)** La voluntad de afiliación del demandante se vio reflejado en la formulación de vinculación que se recuerda que es realizado y aprobado por la superintendencia financiera de Colombia y pues requisitos se encuentran en regulados en la circular 016 de 2016. **c)** A su vez surgió esta obligación de brindar la información que extraña la juez de primera instancia es así como se indica entonces que la obligación del buen Consejo la doble asesoría e incluso la obligación de incentivar la afiliación son obligaciones que surgieron posteriormente a partir del año 2010 y 2014 y lo anterior fue objeto de recapitulación y pronunciamiento en sentencias de la Corte Suprema de Justicia del año 2019 sentencias como la SL1688, SL1689 y SL3464 y en consecuencia no existían esas obligaciones para la época. **ii) Y sobre las sumas a devolver** expresa: **a)** Los gastos de administración tienen un mandato legal específico establecido en el artículo 20 del 93, los descuentos cumplieron con su cometido y actualmente no están en el patrimonio de Porvenir, pues se destinaron a cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los cuales ha venido disfrutando el demandante y se invirtieron para generar frutos y rendimientos que hoy se ven reflejados de forma positiva en la cuenta del afiliado. **b)** No se pueden retrotraer dichas sumas porque el servicio ya se prestó y actualmente no es posible devolverlo al afiliado.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁶, **PORVENIR S.A.** intervino de manera oportuna y su apoderada señala: **i) Sobre la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS** plantea lo siguiente: **a)** Al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la **Superintendencia Financiera de Colombia**, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. **b)** La parte demandante contó con varias oportunidades

⁶ Numeral 1 del artículo 13 la ley 2213 de 2022

para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado. **c)** se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL16882019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. **d)** se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano. **ii) Y sobre las sumas a devolver** expresa: **a)** Los gastos de administración tienen un mandato legal específico establecido en el artículo 20 del 93, los descuentos cumplieron con su cometido y actualmente no están en el patrimonio de Porvenir, pues se destinaron a cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los cuales ha venido disfrutando el demandante y se invirtieron para generar frutos y rendimientos que hoy se ven reflejados de forma positiva en la cuenta del afiliado. **b)** No se pueden retrotraer dichas sumas porque el servicio ya se prestó y actualmente no es posible devolverlo al afiliado.

Así mismo intervino la apoderada del **DEMANDANTE** solicita que se confirme la decisión proferida en primera instancia: **i)** Explica que existirá ineficacia en la afiliación cuando: **a)** la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho. **b)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, si no el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **c)** 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, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. **ii)** Señala que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales previstos en ese cuerpo normativo debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, pues de desconocerse ese derecho en cualquier forma, se aplicará lo dispuesto en el artículo 271 ibidem, que prevé que de atentarse en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud. **iii)** Aduce que deben devolverse todos los dineros, gastos, cuotas de administración, bonos pensionales e incluso pagar las sumas de dineros que resulten de la diferencia entre del traslado.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación del **DEMANDANTE** y **PORVENIR** y 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 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

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: i) **JOSE HUMBERTO ECHEVERRY GARCIA** nació el **29 de octubre de 1961** por lo que en este momento cuenta con **60 años**⁷; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **4 de enero de 1980** entidad en la que cotizó 606,00 semanas hasta el **31 de diciembre de 2000**⁸; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL concretamente a HORIZONTE hoy PROTECCION, con fecha de diligenciamiento del **27 de noviembre del 2000**, hasta la fecha de la demanda⁹.

⁷ 01 DemandaYAnexos. Pdf Pag 53 / 05 ContestacionColpensiones. Pag 32

⁸ DemandaYAnexos.pdf Pag 39 / 04 ContestacionPorvenir. Pag 32

⁹ 04 ContestacionPorvornor. Pdf. Pag 27

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 **JOSE HUMBERTO ECHEVERRY GARCIA**, 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 beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 60 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como 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 **ECHEVERRY GARCIA**, 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** por las razones de esta providencia.

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 **CONFIRMARÁ** la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia solo se CONDENO 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 su recurso también se causan a su cargo y a favor del DEMANDANTE. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v

8. LA DECISIÓN

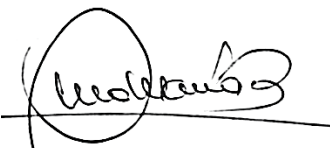
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE**:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida por la **Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín**.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor del DEMANDANTE. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v

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 – 02-2021-00182-01

SENTENCIA del //28/07/2022

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

Enlace en caso de no tener lector QR: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhTJERPmWvVMhuYSDLGvRbwBlc9jpDnppstmQcU2XRe6PQ?e=aSily6