



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA: SENTENCIA
PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: LUZ VICTORIA BERMUDEZ PÉREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO: 050013105 017 2019 00586 01
ACTA N.º: 023

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 **LUZ VICTORIA BERMÚDEZ PÉREZ** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante y en grado jurisdiccional de CONSULTA respecto de la sentencia con la cual el Juzgado Diecisiete 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 023** 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 lo siguiente: Que se declare la INEFICACIA del traslado del R.P.M al RAIS, con el fondo PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, que se declare la permanencia sin solución de continuidad al RPM. Se ORDENE a **PROTECCIÓN** que transfiera a COLPENSIONES la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual y se ORDENE a COLPENSIONES a recibirlos; así como a las COSTAS DEL PROCESO de las partes vencidas en el proceso.

¹ Folios 1-6

Afirmó básicamente que encontrándose afiliada al I.S.S. desde el **15 de septiembre de 1987**, se trasladó a **PORVENIR** en el mes de **enero de 1995** y luego a **PROTECCIÓN** el **1 de julio de 2000**, suscribiendo un formulario de afiliación; destacando que el traslado de régimen obedeció a la omisión del asesor de las AFP quienes no brindaron la información suficiente, completa y necesaria para adoptar una decisión informada.

2. CONTESTACIONES

2.1. PROTECCIÓN²

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, planteando, en síntesis: **i)** No hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, ya que el acto es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. La vinculación de la actora fue de manera consciente, libre, informada y voluntaria. **ii)** No hay una causa legal que faculte el traslado del capital a COLPENSIONES. No se puede predicar el engaño al resultar que en la actualidad su mesada pensional en el RAIS es inferior a la mesada pensional que obtendría en el RPM ya que para el momento de su traslado en 1994 no era fácticamente predecible. **iii)** No hay lugar a la condena en costas, solicitó que se condene en costas a la demandante.

Propuso entre otras excepciones las que denominó PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA INEFICACIA Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

2.2. COLPENSIONES³

La entidad se opuso a las pretensiones argumentando lo siguiente: **i)** Se opuso a que se deje sin efectos la afiliación al RAIS ya que la demandante no cumple con los requisitos para la nulidad o ineficacia del traslado. **ii)** Teniendo en cuenta el principio de relatividad jurídica, independientemente de la decisión que se tome, COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión, por lo cual se opuso a la condena y agencias en derecho. **iii)** En caso de que se decida la ineficacia del traslado solicita se ordene la devolución de la totalidad al RPM, recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración.

² Folio 86-105

³ Folio 44-51

En la contestación, la administradora del Régimen de Prima Media propuso entre otras excepciones las que denominó PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR y EXCEPCIÓN INNOMINADA.

2.3. PORVENIR⁴

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, planteando, en síntesis: **i)** El traslado es completamente válido y más cuando no se demostró la causal de nulidad o ineficacia que invalide la afiliación voluntaria de la demandante en el RAIS. **ii)** Las pretensiones no tienen fundamento, por lo cual deberá absolverse de cada una de estas.

Propuso entre otras excepciones las que denominó PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **13 de marzo de 2020** la **JUEZ DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN, DECLARÓ** la INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS ING (Hoy **PROTECCIÓN**) y, en consecuencia, su movilidad a **HORIZONTE** (hoy **PORVENIR**). Se **CONDENA** a **PROTECCION** a trasladar a **COLPENSIONES** y a ésta a recibir, los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiere permanecido en el RPM. Se **CONDENÓ** en **COSTAS a PROTECCIÓN** a favor de la demandante

4. EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDANTE

El apoderado de la demandante interpone recurso de apelación, señalando lo siguiente:

Frente a la decisión de la condena en costas. El Código General del Proceso en el artículo 365 dispone. *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”* Se trata de una condena que surge de una condena objetiva, la parte vencida en juicio debe asumir el pago de las costas y agencias en derecho, por lo tanto, solicito al Tribunal Superior de Medellín Sala laboral revocar la sentencia apelada solo en lo relativo a las costas procesales.

⁴ Folio 198 - 210

⁵ Folio 298 – 302

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁶, intervino **COLPENSIONES**, en los siguientes términos: **i)** Invoca la **Circular 019 de 1998 de la Superfinanciera de Colombia**, el **artículo 13 literal b)** y el **36 de la Ley 100**, para señalar que **PROTECCIÓN** le brindó información plena a la demandante, cumpliendo con el deber de información por parte de la AFP y la actora firmó voluntariamente después de la asesoría. **ii)** Insiste en que no resulta procedente ordenar el regreso de la demandante al Régimen de Prima Media, porque no se cumplen con los presupuestos consagrados en el artículo 13 literal e) de la Ley 100. **iii)** Finalmente, señala que, en caso de que se confirme la sentencia, hay lugar al reintegro de la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración. Además, y que **se hagan de manera indexada**.

El apoderado de **PORVENIR**, solicita por su parte, que la sentencia sea CONFIRMADA en su totalidad de la sentencia de primera instancia. **i)** Señala que no existían razones para declarar la ineficacia del traslado a PORVENIR, porque la decisión de la actora fue libre y voluntaria, señalando que la prueba documental que echa de menos el Juez en su providencia, solo fue regulada con la Circular 016 de 2016. Invoca las sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019. **ii)** Y sobre las sumas a devolver a COLPENSIONES, señala que no puede ordenarse el traslado de cuotas de administración

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los **recursos de apelación de las codemandadas y también en grado jurisdiccional de CONSULTA**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: **i)** 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. **ii)** Posteriormente se analizará el CASO CONCRETO para verificar en CONSULTA a favor de COLPENSIONES si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la demandante, y las sumas que se ordenan devolver, invocando decisión del Tribunal Superior de Medellín del 14 de agosto de 2019 en el proceso con Radicado 050013105007 201501295 01, así como, el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020 Radicación 2019 152169 -003-000

⁶ Artículo 15 Decreto 806 de 2020

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 creación, 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 personas 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: **Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL19447 de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL 3199, SL 3202 de 2020, SL 3676 de 2020, SL 081 -2021** 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 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) LUZ VICTORIA BERMUDEZ PEREZ** nació el **4 de octubre de 1967**⁷ por lo que en este momento cuenta con **53 años**; **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **15 de septiembre de 1987**, cotizando **283.29 semanas hasta el mes de agosto de 1993**⁸; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL, suscribiendo formulario de traslado de régimen a **COLMENA (hoy PORVENIR)**. La Solicitud de vinculación se hizo el **13 de octubre**

⁷ Folio 32

⁸ Folio 8 y 9

de 1997⁹. En ese momento trabajaba en DELTA BOLIVAR¹⁰. **iv)** Y el 10 de mayo de 2000, suscribió formulario de traslado a **PROTECCIÓN**¹¹

En el formulario de AFILIACION aparece un texto que dice que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se toma de forma **libre, espontánea y sin presiones**, 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**. Además, en la demanda se afirmó que la AFP **omitió el deber de información, no lo ilustró sobre las ventajas y desventajas de cada régimen** con información completa, clara y oportuna sobre su situación pensional y los escenarios en ambos regímenes, porque el asesor solo se limitó a indicarle sobre los beneficios del traslado referidos a la posibilidad de pensionarse a una edad inferior, con una mesada superior a la que le correspondería en el I.S.S.

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 **LUZ VICTORIA BERMUDEZ PEREZ**, ésta tenía menos de **35 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 de la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría **al arribar a los 55 años de edad** y acreditando **1000** semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del **85 % en caso de cotizar 1400 semanas**, sobre un **IBL** integrado en los términos del **artículo 21 de la Ley 100**.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: i) Se podría pensionar antes de los **55 años**, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima; ii) Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en

⁹ Folio 212

¹⁰ Folio 8

¹¹ Folio 13

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 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 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.** vi) Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles, 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 debe **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 **SL 1421 de 2019**, 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.

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** 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 afiliado 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 ahorrado, junto con los rendimientos financieros, obligación que en este caso se encuentra a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, que es la entidad donde se encuentra actualmente afiliada. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así, **PROTECCIÓN S.A** y **PORVENIR S.A** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliadas en cada una de ellas. **vi)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **PORVENIR** respecto a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA¹², ante

¹² **"ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."

consulta realizada por la Vicepresidente Jurídica de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS-, interpretando que para determinar los recursos a trasladar con motivo de la declaratoria judicial de nulidad o ineficacia de traslado de régimen debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008¹³, sin embargo, dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada y adicionalmente, tal concepto no obliga, pues se encuentra decantado por el órgano de cierre judicial en materia laboral y de seguridad social que los gastos administración y prima de seguro previsional deben retornar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada. **vii)** Finalmente, y para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA conforme 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, se ordena que el monto trasladado no puede ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, las AFP **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A** se encuentran obligadas a **asumir el pago de la diferencia, en proporción al tiempo de permanencia en cada una de ellas.**

Finalmente, se advierte que, en la sentencia, sólo se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PROTECCIÓN** a favor de la demandante, y su apoderado en el recurso de apelación invoca la aplicación del artículo 365 del Código General del Proceso, insistiendo en que se ha debido condenar en costas a la parte vencida en juicio. La Sala comparte parcialmente los argumentos del apelante, porque en este caso, se ha debido **CONDENAR EN COSTAS** a **PORVENIR**, siendo claro que no logró acreditar en el plenario que COLMENA sí cumplió con sus obligaciones en materia de asesoría previa antes de la vinculación de la actora el 13 de octubre de 1997, y esta circunstancia es la que ha generado la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, siendo claramente vencida en el proceso. No resulta procedente la **CONDENA** en **COSTAS** en contra de

¹³ **Decreto 3395 de 2008** ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

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

COLPENSIONES, entidad que no intervino en el acto jurídico de traslado que fue declarado ineficaz.

Y como el RECURSO DE APELACION interpuesto por la parte DEMANDANTE prospera parcialmente, no se causan costas en esta instancia.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por la **Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín**, pero con las siguientes modificaciones:

Al **NUMERAL SEGUNDO**, porque **PROTECCIÓN** debe trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros**. Y se **CONDENA** a **PROTECCIÓN y a PORVENIR** devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: **CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA**, respecto a los períodos en que estuvo afiliada en cada una de ellas.

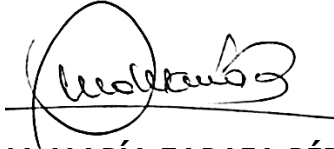
El monto trasladado no puede ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A** se encuentran obligadas a **asumir el pago de la diferencia, conforme lo analizado en la parte motiva de esta sentencia**.

AI NUMERAL QUINTO, porque también se **CONDENA en COSTAS a PORVENIR S.A.** y a favor de la demandante

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

Lo anterior se notifica en ESTADOS en los términos del artículo 295 del Código General del Proceso. Se da por terminada la audiencia y se firma en constancia por quienes en ella intervinieron. Vencido el término de notificación se ordena devolver el expediente al Despacho de origen.

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° 069 del 26 de abril de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>



RADICADO: 050013105 017 2019 00586 01
SENTENCIA del 23/04/2021

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/amzapatap_cendoj_ramajudicial_gov_co/En1pGqCdQg1Cp7_FshWuclUBqspDvXDZqqqr5p5VJE37BQ?e=aJRXDR