



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: JULIAN DE JESÚS PUERTA CADAVID
DEMANDADO: COLPENSIONES –PORVENIR
RADICADO: 050001 – 31 – 05 – 005-2019- 00382 - 01
ACTA N°: 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 **JULIAN DE JESÚS PUERTA** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR**, para pronunciarse en virtud del recurso de apelación interpuesto por las codemandadas y en grado jurisdiccional de CONSULTA, respecto de la sentencia con la cual el Juzgado Quinto 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

El demandante pretende con este proceso básicamente lo siguiente: Que se declare la INEFICACIA del traslado del R.P.M al RAIS, se CONDENE a **PORVENIR** que transfiera a COLPENSIONES la totalidad de los aportes de la cuenta del demandante y se ORDENE a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones, así como a las COSTAS DEL PROCESO. Afirmó básicamente que encontrándose afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde **el 2 de febrero de 1983**, se trasladó a **PORVENIR** en el año **1994**, suscribiendo un formulario de afiliación, destacando que el traslado de régimen

¹ Folio 5-17

obedeció a la omisión del asesor de la AFP quien no brindó la información suficiente, completa y necesaria para adoptar una decisión informada.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR²

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 , porque el afiliado suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de traslado, sin que se hubiere efectuado un vicio en su consentimiento que vulnerara la libre voluntad de afiliación; ii) La vinculación del actor fue de manera consciente, libre, informada y voluntaria, y decidió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, sin que tampoco se acrediten los elementos para una declaratoria de nulidad, porque los requisitos de validez del acto jurídico se encuentran plenamente validados en el acto jurídico de afiliación suscrito por la parte demandante. iii) **HORIZONTE** en su momento, sí brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de la decisión de trasladarse. Propuso entre otras excepciones las que denominó ASESORÍA PENSIONAL DE LA ADMINISTRADORA, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN SUSCRITA ANTE PORVENIR POR EL DEMANDANTE, NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS QUE LA LEY DETERMINA PARA INVALIDAR SU EXISTENCIA, CARGA DE LA PRUEBA, INAPLICABILIDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

2.2. COLPENSIONES³

En la contestación, la administradora del Régimen de Prima Media propuso entre otras excepciones las que denominó IMPOSIBILIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN, IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA O INVALIDEZ DEL TRASLADO, PRESCRIPCION, EQUIVALENTE DEL AHORRO CADUCIDAD DE LA ACCION, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; y señala que lo pretendido con la demanda se escapa a su competencia, invocando el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del 24 de junio de 2020 el **JUEZ QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN, DECLARÓ** la INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a **PORVENIR**, entidad a la que **CONDENA** a trasladar a COLPENSIONES y a ésta a recibir, los dineros de la cuenta de ahorro

² Folio 94 - 103

³ Folio 77 - 88

⁴ Folio 310 - 314

individual, los respectivos frutos, rendimientos financieros, intereses y cuotas de administración. Se **CONDENA** en **COSTAS a PORVENIR** a favor del demandante.

4. LOS RECURSOS DE APELACION DE LAS CODEMANDADAS

4.1. PORVENIR

Se cuestiona en el recurso un aspecto puntual: En relación con la devolución de los gastos de administración, solicita que se tenga en cuenta que los fondos realizan estos descuentos en virtud del artículo 29 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, el cual no genera un detrimento en la cuenta de ahorro individual del demandante ya que el capital ahorrado generó unos rendimientos, como resultado de la buena gestión de administración de PORVENIR, por lo que la devolución de estos gastos de administración a COLPENSIONES generaría un detrimento patrimonial a PORVENIR y un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES.

4.2. COLPENSIONES

La apoderada solicita modificación: **i)** Respecto a los componentes que PORVENIR debe regresar a COLPENSIONES, puesto que en la sentencia no se incluyen las deducciones realizadas por pólizas provisionales, garantía de pensión mínima y demás deducciones que se efectuaron a la cotización del demandante. **ii)** Adicionalmente, solicitó que dichos valores se indexaran, bajo el sustento de garantizar la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, entidad que se encargará *“del reconocimiento pensional eventualmente para el demandante”*.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁵, intervino **COLPENSIONES** donde expuso los siguientes planteamientos: **i)** Solicitó revocar la sentencia, al considerar **improcedente la ineficacia del traslado**, invocó el artículo 2 literal E de la Ley 797 para señalar que el demandante descuidadamente solicitó su traslado posterior al cumplimiento de la edad máxima establecida y su única optativa bajo este escenario era solicitar la declaración de ineficacia que aduce al único interés del accionante que recae en un beneficio económico. **ii)** El presunto error al que se indujo a la demandante, que derivó en la declaratoria de ineficacia, no quedó válidamente acreditado en el debate probatorio ni documental, se desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado y no se contó con la presencia del asesor de PORVENIR, por lo que considerada que aunque no quedo probada mala fe

⁵ Artículo 15 Decreto 806 de 2020

de ninguna de las partes, sólo se reconoció buena fe de la actora. **iii)** De forma subsidiaria, el evento de prosperar la ineficacia del traslado, solicitó que se ordene a PORVENIR S.A. a devolver los conceptos de aportes, rendimientos, gastos de administración y los demás rubros recibidos, como consecuencia de la ineficacia de la afiliación y teniendo en cuenta que si COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado durante su vinculación al Regimen de Ahorro Individual, éste se verá inmerso en un detrimento patrimonial, argumento que sustenta invocando las sentencias de la Corte Suprema de Justicia **SL 1421, 1452 y 1688 del 2019**. Resalta que toda carga generada con ocasión al traslado de régimen de la actora no puede atribuírsele a COLPENSIONES, ni imponérsele cargas insostenibles, por ello debe ordenarse la devolución de todos los rubros.

El **apoderado de PORVENIR**, solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia y absolver a PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones, fundamentó su petición en los siguientes aspectos: **i)** No se acredita la existencia de un vicio en el consentimiento que produjo el traslado de régimen del demandante, puesto que no se prueba ninguna de las causales del artículo 1714 del Código Civil, en consecuencia, el acto jurídico de vinculación a PORVENIR sería eficaz. **ii)** Invoca artículo 271 de la ley 100 de 1993, para sustentar el entendido de que la norma no se refiere a lo que dispone el artículo 1740 del Código Civil, por lo que, conforme a la inescindibilidad de las normas, para la declaración de ineficacia de los traslados en materia de pensión se debe acudir a normas del Sistema General de pensiones y por lo tanto, los efectos predicados de esta ineficacia deben ser los de la ley 100 y no las disposiciones del Código Civil. **iii)** El formulario de afiliación suscrito por el demandante es un documento público que se presume autentico conforme a los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y al artículo 54º del Proceso Procesal del Trabajo, que contiene la declaración de una elección libre, espontánea y voluntaria, adicionalmente este documento no fue objeto de tachas ni mucho menos desconocido por la demandante, en consecuencia de existir una irregularidad diferente a las mencionadas anteriormente, estarían saneadas conforme lo dispuesto por los artículos 1742 y 1743 del Código Civil mediante ratificación tácita del demandante con la afiliación prolongada durante 27 años al régimen de ahorro individual, permitiendo los descuentos para dicho régimen que son conductas consideradas como “*verificación de la voluntad del afiliado*” por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con **Rad. 47236 del 06 de abril de 2016**. **v)** Si se considerara que el acto jurídico entre las partes no es válido, debe tenerse en consideración el artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993, que consagra los dineros a trasladar cuando hay cambio de régimen, por lo que no resulta procedente ordenar la devolución de sumas adicionales a las mencionadas en la norma, puesto que la nulidad genera el derecho a restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, la

situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio y ordenar sumas diferentes configuraría enriquecimiento sin causa a favor de un tercero ajeno – COLPENSIONES- al negocio celebrado por el demandante y PORVENIR. **vi)** Respecto a los gastos de administración, la **Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020** indicó que cuando proceda la nulidad o ineficacia del traslado, las sumas a retornar serían los aportes, rendimientos de la cuenta del afiliado y no procede la devolución de la prima de seguro previsional ni la comisión de administración.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de las materias objeto de los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas y en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, 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 del demandante, y 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 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) **JULIAN DE JESUS PUERTA** nació el **23 de abril de 1958⁶** por lo que en este momento cuenta con **62 años**; ii) Cotizó al **Régimen de Prima Media** entre el **2 de febrero de 1983 y el 23 de mayo de 1991**, un total de **27.29 semanas⁷**; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA, al de AHORRO INDIVIDUAL, suscribiendo formulario de traslado de régimen. La Solicitud de vinculación se hizo el **20 de abril de 1994⁸**, en ese momento laboraba en el cargo de gerente en la empresa EL TANQUEADERO P Y G S.A.S.

En el formulario de TRASLADO DE RÉGIMEN de PORVENIR 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 **omitó 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 **JULIÁN DE JESUS PUERTA**, éste 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 de la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si el demandante era beneficiario o no del**

⁶ Folio 19

⁷ Folio 21- 23

⁸ Folio 51

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; **ii)** Como el demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo se redime en el caso de 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 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 62 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, lo que tampoco se acredita con el documento de **folio 157** como erradamente se expresa en el recurso; 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 COLPENSIONES en la contestación propuso la EXCEPCIÓN de PRESCRIPCIÓN, 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 **PORVENIR S.A.**, que es la entidad donde se encuentra afiliado. 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 PORVENIR S.A. efectuará la devolución en relación con el periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicho régimen. **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 CPACA, ante 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 2008, 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 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, la AFP **PORVENIR S.A.** que GENERÓ EL TRASLADO DE REGIMEN INICIAL, se encuentra obligada a **asumir el pago de la diferencia.**

Como el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por COLPENSIONES prospera, no se causan costas en su contra en esta instancia. Pero el recurso de apelación de PORVENIR no sale avante, y por ello, se le condena en costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000.

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:

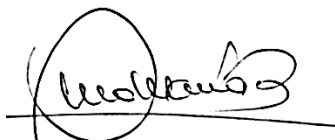
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el **Juez Quinto Laboral del Circuito de Medellín**, pero adicionando el **NUMERAL TERCERO**, porque **PORVENIR S.A.** debe trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, y adicionalmente se le **CONDENA** a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA.

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, PORVENIR S.A. se encuentra obligada a **asumir el pago de la diferencia, conforme lo analizado en la parte motiva de esta sentencia.**

SEGUNDO: COSTAS en instancia a cargo de **PORVENIR S.A** y a favor del demandante. Valor de las agencias en derecho: **\$800.000.**

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 ° 69 del 26 de abril de 2021 consultable aquí:

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



RADICADO: 050001 – 31 – 05 – 005-2019- 00382 – 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/Ejt_pTXe9A9Cq0gyeFnZPn8BSfaPEbyxzZtYJI8KQgpFNQ?e=lwhdJK