



REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, siete (07) de mayo dos mil veinte (2021)

DEMANDANTE	LUIS FERNANDO TOBÓN VÁSQUEZ
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A
ORIGEN	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí
RADICADO	05360-31-05-002-2019-00193-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha y hora señaladas, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 15 del Decreto 806 de 2020 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS FERNANDO TOBÓN VÁSQUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

El señor Luis Fernando Tobón Vásquez formula demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, debiendo aceptarse su traslado hacia Colpensiones, así como que ha reunido los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Como consecuencia de estas declaraciones, solicita se condene a **ii)** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todo el dinero percibido por cotizaciones con sus rendimientos e indexación, y bonos pensionales, incluyendo lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; y **iii)** a Colpensiones al reconocimiento y pago de pensión de vejez, desde el momento en que satisfizo sus requisitos, así como intereses de mora del art.141 de la Ley 100 de 1993 y/o la indexación de la condena. **iv)** Costas.

¹ 1. 2019-00193 expediente. Págs 1/4

En caso de no condenarse al pago de retroactivo pensional e intereses de mora o la indexación, pretende el pago de perjuicios Solicita que en el evento de que no se acceda al reconocimiento y pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios o indexación, se condene a Porvenir S.A, en calidad de indemnización de perjuicios materiales, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde que acreditó requisitos para causar la prestación en el Régimen de Prima Media -RPM- e intereses de mora o la indexación del retroactivo pensional, hasta que se disponga el pago a cargo de Colpensiones.

Como pretensiones subsidiarias deprecó que se declare que Porvenir S.A. lo engañó, debiendo, a título de perjuicios materiales, reconocerle pensión de vejez desde que satisfizo los requisitos del RPM, con sus condiciones e intereses demora o indexación de la condena, y devolver las cotizaciones hechas con posterioridad a la causación de la pensión, con sus rendimientos.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al extinto ISS el 22 de septiembre de 1983, efectuando cotizaciones ininterrumpidas hasta 1995. El 11 de mayo de ese año, un asesor de Porvenir S.A. le manifestó que debía afiliarse a esta Administradora de Fondo de Pensiones -AFP-, pues el ISS desaparecería, en tanto esta AFP le garantizaba el acceso a una pensión. Le aseguró que tendría las mismas garantías ofrecidas por el ISS, que la pensión sería heredable y su monto sería superior. El asesor se abstuvo de explicarle las características de ambos regímenes, las condiciones para acceder a la pensión, su posibilidad del retorno al RPM y la conveniencia o inconveniencia de la decisión de traslado. Ante petición elevada el 22 de octubre de 2018, Porvenir S.A. que su mesada pensional ascendería al salario mínimo, en tanto en Colpensiones le hubiera correspondido una de \$1.989.60. El 19 de julio de 2019 solicitó a Colpensiones su traslado hacia este fondo, siendo negada su petición, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Oposición a las pretensiones de la demanda

Quienes integran la pasiva se opusieron a las pretensiones de la demanda, así:

i. Colpensiones²

El traslado de régimen pensional obedeció al ejercicio del derecho del libre escogencia del demandante, por ello, no es ineficaz. Tampoco hay lugar a ordenar el reconocimiento de una pensión de vejez porque el señor Tobón Vásquez no satisface el requisito de edad para causarla. Excepcionó: Ausencia de causa para pedir nulidad e ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inexistencia del derecho y de la obligación de reconocer y pagar pensión de vejez por falta de requisitos legales, buena fe, prescripción, compensación y pago e imposibilidad de condena en costas.

ii. Porvenir S.A.³

El traslado se realizó previa asesoría en que se suministró al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente, libre y exenta de vicios del

² 1. 2019-00193 expediente. Págs 74/79.

³ 1. 2019-00193 expediente. Págs 136/175

consentimiento, no habiéndose producido el engaño que afirma el demandante. El traslado es válido y eficaz, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda. Le fueron explicadas las características de ambos regímenes, los requisitos para la causación de la pensión de vejez y los de movilidad entre regímenes. Los rendimientos obtenidos en el RAIS no los hubiera obtenido en el RPM. Tampoco hay lugar ordenar la devolución de descuentos legalmente autorizados, ni al pago de perjuicios, pues los mismos no fueron acreditados. Excepcionó falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, prescripción de la acción que pretender atacar la nulidad de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y ausencia de prueba efectiva de daño - inexistencia del daño alegado.

Sentencia de primera instancia⁴

El 17 de junio de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí profirió sentencia declarando la ineficacia del traslado que realizó el demandante hacia Porvenir S.A. y que ha permanecido afiliado al RPM a través de Colpensiones. Ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los dineros de la cuenta de ahorro individual del señor Tobón Vásquez y sus rendimientos financieros, así como lo descontado por cuotas de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Ordenó a Colpensiones validar la afiliación del demandante y recibir el dinero por parte de Porvenir S.A., a quien condenó al pago de costas procesales, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Absolvió de las restantes pretensiones invocadas.

Acogiéndose al precedente judicial vigente en la materia, concluyó que Porvenir S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información. Indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del art.36 de la Ley 100 de 1993, siendo su norma aplicable para determinar la causación de la pensión de vejez, el art. 33 de la misma norma, modificado por el art.9 de la Ley 797 de 2003, cuyo requisito de edad mínima no satisface. Al no haberse acreditado perjuicios materiales, no condenó a su pago.

Recurso de apelación formulado por Porvenir S.A.

Inconforme con la decisión adoptada en la sentencia, solicitó su revocatoria, pues el traslado efectuado por el demandante es válido, a la luz de lo dispuesto en los arts.13 y 64 de la Ley 100 de 1993, la solicitud de vinculación contiene su firma auténtica, y además permaneció afiliado al RAIS por más de 20 años, con lo cual se demuestra su voluntad de permanecer en dicho régimen. No es de recibo que se le exija a la AFP una carga probatoria sobre un hecho que ocurrió hace más de 20 años; además, si bien existía un deber de brindar una información clara y detallada desde la creación de la Ley 100 de 1993, no existía la exigencia de que la asesoría constara por escrito,

⁴ 12. ACTA AUDIENCIA CONCENTRADA 2019-00193.

bastando la constancia de que la afiliación había sido libre y voluntaria, tal y como quedó consignado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

De confirmarse la sentencia en ese punto, solicita se revoque la condena a devolver lo descontado por cuotas de administración, garantía de pensión mínima y seguro previsional, pues son autorizados legalmente. Finalmente, solicita no ser condenada en costas pues actuó de buena fe y con estricta sujeción a la ley.

La **parte demandante** si bien no recurrió la sentencia, indicando estar de acuerdo con lo decidió en ella, solicitó que en caso de no prosperar los recursos que formularan Colpensiones o Porvenir S.A., se condenara a esas entidades al pago de costas.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez corrido el traslado para alegar en esta instancia, tanto la activa, como quienes conforman la pasiva, lo descorrieron, así:

La parte **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, al haberse acreditado que Porvenir S.A. no satisfizo el deber de información al momento del traslado de régimen pensional. Igualmente solicitó que se condene en costas a ambas demandadas, por haber sido vencidas en el proceso⁵.

De otro lado, **Colpensiones** manifestó que al no haber participado en el acto de traslado de régimen pensional, no está llamada asumir cargas que se deriven de su ejecución o ineficacia, no siendo la llamada a reconocer pensión de vejez a un afiliado que estuvo 25 años cotizando ante el RAIS, si no que Porvenir S.A. debe asumir las consecuencias que se desprenden de la declaratoria de ineficacia, incluyendo el reconocimiento pensional en virtud de lo dispuesto en el RPM⁶.

Finalmente, **Porvenir S.A.** reitera la petición de revocatoria de la sentencia en relación con la declaración con la ineficacia de la afiliación y en cuanto dispuso la devolución de lo descontado por cuotas de administración, seguro previsional y el porcentaje para el Fondo de Garantía Mínima, aduciendo idénticos argumentos a los sostenidos cuando recurrió en apelación la providencia⁷.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

⁵ 21.Alegatos Demandante 002-2019-00193

⁶ 19.Alegatos Colpensiones 002-2019-00193

⁷ 18.Alegatos Porvenir S.A. 002-2019-00193

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** La viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, de ser afirmativa la respuesta; **b)** se precisarán las consecuencias de dicha declaración y qué conceptos deberá trasladar la AFP del RAIS demandada a Colpensiones; se decidirá igualmente **c)** si al demandante asiste derecho a que Colpensiones le reconozca y pague pensión de vejez, así como las condiciones de la prestación.

Si bien la parte demandante no recurrió en apelación la decisión absolutoria en torno al reconocimiento pensional, por tratarse de un derecho mínimo e irrenunciable la Sala está precisada a pronunciarse en torno a él. No ocurre lo mismo con las pretensiones de intereses de mora o perjuicios materiales, por no ostentar ninguno de ellos, el carácter atribuido a la pensión de vejez.

Hechos relevantes acreditados documentalmente

- Luis Fernando Tobón Vásquez nació el 10 de septiembre de 1959⁸.
- Al 31 de marzo de 1994, contaba con 381 semanas cotizadas⁹.
- El 11 de mayo de 1995 suscribió formulario de solicitud de traslado de régimen pensional hacia Porvenir S.A.¹⁰
- Al 31 de octubre de 2018, contaba con 1570 semanas cotizadas al Sistema Pensional¹¹.
- El 19 de julio de 2019 solicitó traslado hacia Colpensiones, siendo negado el mismo por encontrarse a “diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse”¹².

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte de la demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

⁸ 1. 2019-00193 expediente. Pág 13.

⁹ 1. 2019-00193 expediente. Págs.44/45, 198/201.

¹⁰ 1. 2019-00193 expediente. Págs. 23, 176/177

¹¹ 1. 2019-00193 expediente. Págs. 24/39.

¹² 1. 2019-00193 expediente. Pág.14.

i) Los artículos 48¹³, 53, 335¹⁴ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁵, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁶; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁷ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁸

La referida temática del asunto bajo estudio ha sido decantada suficientemente por la H. Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien ha construido y enriquecido el precedente judicial que viene acogiendo esta Sala de Decisión Laboral, por compartir la postura desarrollada por la Alta Corporación en torno a la eficacia de la afiliación inicial y/o el traslado de régimen pensional con destino al RAIS.

Dicho precedente, conformado entre otras por las sentencias 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 17595 de 2017, 19447 de 2017, 4296 de 2018, 1421 de 2019, 1452 de 2019 y 1688 de 2019, se fundamenta en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación, satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen*”.

Al respecto, la jurisprudencia tiene en cuenta el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el literal b) del artículo 13 de misma norma, según la cual, los trabajadores tienen la opción de elegir *libre y voluntariamente* el régimen pensional

¹⁴ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁵ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

¹⁶ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

¹⁷ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

¹⁸ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

que mejor le convenga y consulte sus intereses, razón por la cual, 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.

Se ha considerado por diferentes Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, para que pueda concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Según lo anterior, reitera la H. CSJ en sentencia SL 1688-2019-68838, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”, (subrayas fuera de texto.)

En tal sentido, la responsabilidad de las Entidades Administradoras de Pensiones en esta etapa preparatoria a la decisión de afiliación o traslado es de CARÁCTER PROFESIONAL: **i)** Por la alta complejidad de la información que se debe analizar antes de la afiliación o traslado; **ii)** Por los derechos constitucionales que se encuentran comprometidos: La seguridad social y el derecho pensional, de carácter irrenunciable; **iii)** Porque se trata de una actividad que concierne a intereses públicos; **iv)** Porque debe primar en su comportamiento y decisiones, una ética de responsabilidad social, transversal a todo su quehacer, de manera que prime el interés colectivo que se realiza en cada persona que se afilia, sobre el interés particular que tenga la entidad, de alcanzar sus metas de crecimiento y beneficios económicos.

La carga de la prueba asiste a la AFP a quien se acuse de incumplir con el deber de información; y ello es así, porque el análisis parte de la afirmación indefinida sobre la ausencia del cumplimiento de ese deber.

En el sub-lite, mediante la prueba documental se evidencia que Luis Fernando Tobón Vásquez nació el 10 de septiembre de 1959¹⁹, por lo que, al 01 de abril 1994, cuando inició vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador dependiente en el sector privado, al servicio de Estanquillo Laureles²⁰, contaba con menos de 40 años de edad y menos

¹⁹ 1. 2019-00193 expediente. Pág 13.

²⁰ 1. 2019-00193 expediente. Pág 25.

de 15 años de servicio o semanas de cotización, por tanto nunca fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el art.36 de la Ley 100 de 1993. El 11 de mayo de 1995 suscribió formulario de solicitud de traslado de régimen pensional hacia Porvenir S.A.²¹, el cual acusa de ineficaz y, aunque solicitó un nuevo retorno al RPM, hoy administrado por Colpensiones, fue negado por encontrarse a 10 años o menos de alcanzar la edad mínima exigida para pensionarse²²

Porvenir S.A. no aportó documental donde se plasme la asesoría que dice haber brindado al señor Tobón Vásquez en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación, ni en el curso de la misma; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido.

Adicionalmente, se practicó interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, manifestando en torno a las condiciones presentadas al traslado hacia el RAIS, que ocurrió como consecuencia de su ingreso a laborar en la sociedad Alico S.A., allí le entregaron el formulario y le dijeron que lo firmara.

Porvenir S.A. para demostrar el efectivo cumplimiento del deber de información, no aportó documento distinto al formulario de 1995, limitándose a manifestar que suministró información al potencial afiliado, en los términos ya expresados.

Lo anterior, permite concluir que la pasiva no demostró la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto a la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que les generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en la posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha dilucidado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia conocida en apelación.

²¹ 1. 2019-00193 expediente. Págs. 23, 176/177

²² 1. 2019-00193 expediente. Pág.14.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Ahora, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta, y al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General De Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios para asumir el pago de la pensión de vejez del hoy demandante, se **CONFIRMARÁN Y MODIFICARÁN** las órdenes impartidas a **Porvenir S.A.**, desde la primera instancia, en el sentido que ésta AFP del RAIS,- a la que actualmente se encuentra afiliado el actor-, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que el señor Tobón Vásquez figuró como afiliado al RAIS. También se **confirma** la orden impartida a Porvenir S.A., de devolver los dineros que obtuvo por gastos de administración del tiempo de afiliación a su sistema, el valor de las pólizas previsionales y los aportes para la garantía de pensión mínima; no pudiendo acogerse la solicitud de Porvenir S.A., de ordenar únicamente la devolución de lo ahorrado por el demandante y sus rendimientos, en especial en lo que toca con los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, a que alude al formular alegatos en esta instancia, pues con motivo de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 14 de la Ley 797 de 2003, mediante Sentencia C-797 de 2004, el recaudo y manejo de las sumas destinadas a este fondo en la actualidad se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada, tal y como lo dispone el artículo **2.2.5.3.4 del Decreto 1883 de 2016**²³, hasta cuando se cree un nuevo fondo similar que se encargue de tal administración, lo cual, ha sido advertido por la H. Sala de Casación Laboral en reciente sentencia **SL 2877 de 2020**, confirmando el acierto en la orden de retornar los valores recibidos con esa destinación.

Se anota que esta Sala de Decisión se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitan, con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, entendiendo estos conceptos como los girados con miras a garantizar las eventuales prestaciones consecuenciales de la ocurrencia de los riesgos de invalidez y muerte.

Pese a lo anterior, examinado nuevamente el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, observa esta Sala que a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 en la cual se fundamenta la *ratio decidendi* de estos procesos, esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las

²³ **Artículo 2.2.5.3.4 Decreto 1883 de 2016, compilatorio del artículo 8° del Decreto 510 de 2003:** “Aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Las entidades administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad recaudarán, conjuntamente con las cotizaciones, la parte de las mismas destinada al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y la mantendrán en una cuenta separada representada en unidades del respectivo fondo de pensiones, hasta la fecha en que estos recursos deban trasladarse con sus rendimientos a dicho Fondo de Garantía de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno nacional.

sumas adicionales de la aseguradora, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a la referida demandada Porvenir S.A. que con cargo a sus propios recursos, deberá trasladar a Colpensiones, los valores descontados al demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración (ordenadas por el A-quo), pues sus promotores incumplieron el deber de información que condujo a su respectiva afiliación y permanencia en el RAIS.

Se precisa que también se deben trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, puesto que la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, en asuntos como el abordado en este proceso, implica que la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información y del buen consejo, garantice que el patrimonio de la parte inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él. Además, es menester que la orden judicial garantice, la no afectación financiera del régimen de prima media, para que pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo.

Se **ADICIONARÁ** la sentencia para que, si la sumatoria de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado, en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, **la AFP del RAIS demandada**, asuma el pago de la diferencia que hubiere.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con Porvenir S.A. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Se ordenará a Colpensiones recibir el valor de los aludidos conceptos e incorporarlos como aportes pensionales en la respectiva historia laboral del señor Tobón Vásquez.

En este sentido se **confirmará, modificará y adicionará** la sentencia que conocida en apelación y grado jurisdiccional de consulta.

c) De la pensión de vejez y sus condiciones de reconocimiento

Desde la demanda se pretendió de Colpensiones el reconocimiento de una pensión de vejez a favor del señor Tobón Vásquez.

Al declararse la ineficacia del traslado hacia el RAIS, hay lugar a estudiar la prestación, para lo que la Sala procederá determinar la norma aplicable al demandante y las condiciones en que se efectuará el reconocimiento de la prestación.

Norma aplicable

Como se indicó líneas atrás, el demandante no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art.36 de la Ley 100 de 1993, por tanto, la norma aplicable para determinar la causación del derecho pensional es el art.33 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el art.9 de la Ley 797 de 2003, que le exige arribar a la edad de 62 años y alcanzar un mínimo de 1300 semanas cotizadas.

El señor Tobón Vásquez ya satisfizo el segundo de los requisitos, más no ha arribado a la edad de 62 años, contando al día en que se profiere esta providencia con 61 años.

En este sentido se **confirmará** la sentencia que conocida en apelación y grado jurisdiccional de consulta.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por las demandadas han quedado implícitamente resueltas, mereciendo especial pronunciamiento la de prescripción, la cual no operó, pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones.

IV. COSTAS

Costas en esta instancia son a cargo de Porvenir S.A. por haber sido vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para 2021 (1 smlv).

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí el 17 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por **LUIS FERNANDO TOBÓN VÁSQUEZ** contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., **modificándola y adicionándola** en el sentido en que esta última:

Trasladará con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la totalidad de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todos los años en que el demandante ha figurado como afiliado a dicho régimen.

Con cargo a sus propios recursos Porvenir S.A., trasladará los valores descontados al actor, en ese lapso, por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, comisiones de administración y primas de seguros.

Pero si la sumatoria de la totalidad de los valores que se ordena trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado, en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, Porvenir S.A. deberá asumir el pago de la diferencia que hubiere, por el tiempo que el señor Tobón Vásquez efectuó cotizaciones ante ella, sin trasladarle consecuencias negativas al demandante.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por Colpensiones, de manera coordinada con Porvenir S.A.

Se ordena a Colpensiones recibir de Porvenir S.A., los valores correspondientes a los conceptos aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para 2021 (1 smlv).

Se ordena notificar por estados y enviar copia de esta decisión al correo electrónico suministrado por los apoderados de las partes.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Certifico que la anterior sentencia fue notificada por ESTADOS N° 79 fijados hoy 10 de mayo de 2021 a las 8:00AM

El secretario