



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, dieciséis de diciembre de dos mil veintidós**

#### **22-158**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN  
Demandante: **JUAN MANUEL MARTÍNEZ TEJADA**  
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-001-2020-00131-01.  
Tema: ineficacia traslado  
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a conocer el recurso de apelación interpuesto por Porvenir contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia

Conforme memorial allegado con los alegatos se reconoce personería a la doctora **MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA** identificada con c.c. 1.152.225.557 de Medellín y T.P. N° 359.508 del C. S. de la J. para representar los intereses de PORVENIR, por estar adscrita a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, como consta en el certificado de existencia y representación legal que allegado, persona jurídica que funge como apoderada judicial de la sociedad **PORVENIR S.A.** según escritura pública No. 1326 del 11 de mayo de 2022 de la Notaria 18 del Círculo de Bogotá.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 36** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

#### **1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES**

##### **1.1. LO PRETENDIDO**

Solicita el demandante que tras la declaratoria de **INEFICACIA** de la afiliación a la administradora del RAIS se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad, y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros y se ordene a COLPENSIONES la aceptación de su regreso automático.

## **1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:**

- ✓ Que nació el 16 de mayo de 1963.
- ✓ Que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el ISS desde agosto de 1990.
- ✓ Que el 8 de noviembre de 2006 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR, sin embargo al momento del traslado se le brindó una precaria asesoría para el cambio de régimen pensional, pues no se le informó cuales eran los aspectos que se tenían en cuenta para liquidar el monto de la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco se le informó que la mesada en el RAIS dependía de las fluctuaciones del mercado de valores, no se le explicaron las diversas modalidades de pensiones en el RAIS y cómo puede influir en el monto de la pensión, no se le habló de las ventajas y desventajas de cada régimen, no se le hizo una proyección de que podría ser su pensión en ambos regímenes, solo se le dijo que el ISS estaba en quiebra y su futura pensión estaría en riesgo, por lo que la decisión de trasladarse no estuvo precedida de información, clara, suficiente y veraz.
- ✓ Que recientemente solicitó a un consultor privado una proyección de pensión, donde pudo constatar que la pensión que recibiría en PORVENIR sería de \$2.230.992, la cual es muy inferior a que recibiría de haber permanecido afiliado al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, donde su mesada sería de \$6.609.000.
- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen obteniendo respuesta negativa.

## **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Controviertieron las demandadas el derecho pretendido oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Inicialmente se pronunció PORVENIR asegurando que no es cierto que el fondo haya omitido el deber de información, pues al demandante se le brindó toda la información necesaria acerca del funcionamiento del RAIS, explicándole en forma detallada las características del régimen (las cuales enlista), las ventajas y desventajas las condiciones para acceder a la pensión de vejez y las

diferencias con el Régimen de Prima Media. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan o no se trata de hechos, por lo que deberán ser probados.

De otro lado, COLPENSIONES aceptó la fecha de nacimiento del actor, la fecha de afiliación del actor al ISS, el posterior traslado al RAIS y los trámites efectuados con el fin de lograr retornar al RPM. Frente a los demás indicó que no le constan por lo que deben ser objeto de debate probatorio.

#### **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 6 de julio de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS del demandante y que por tanto este se encontraba válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, porcentajes que deberán ser indexados a la fecha del traslado. Y ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del actor en el RPM previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual que deberá homologar como semanas cotizadas.

Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A., a favor de del demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$3.000.000.

Dentro del término concedido por la ley, PORVENIR S.A. interpuso y sustentó el recurso de apelación.

### **2. ARGUMENTOS**

#### **2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR**

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

## **2.2. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR**

Señaló que Porvenir cumplió con el deber de información establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, vigente para el momento del traslado del demandante, como consta en el formulario de afiliación, que era la única prueba que se exigía para ese momento, donde constara que la afiliación se hacía de forma voluntaria y espontánea, además de que el actor confesó de que recibió asesoría por parte de Porvenir que dicha información fue la que lo motivó a trasladarse al RAIS.

Agregó que Porvenir le notificó al demandante la citación escrita para recibir un re asesoría pensional 10 años antes de alcanzar la edad pensional y el demandante reconoció la dirección inscrita en la demanda, por tanto es claro que Porvenir dio cumplimiento a la normatividad vigente que exige a los fondos realizar re asesoría pensional, ya que solicitó a su afiliado que se presentara, pero en un actuar negligente él no lo hizo y, por tanto debe asumir las consecuencias jurídicas por esta omisión.

De otro lado indicó que el demandante confesó que la única razón para trasladarse al régimen de prima media es la diferencia de la expectativa pensional que le proyecta cada uno de los fondos, por lo que no resulta congruente el argumento del demandante que se trató de un engaño por parte de Porvenir cuando en realidad quiere volver al régimen de prima media porque Porvenir no responde a sus intereses económicos, pues la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el no cumplimiento de expectativas pensionales no es óbice para la ineficacia del traslado a un régimen pensional diferente.

Finalmente, manifestó que en caso de que llegare a confirmar la declaratoria de ineficacia, se revoque la orden de devolver los gastos de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que la devolución de estos conceptos forma parte del patrimonio de Porvenir y desconocen la gestión que realizó la AFP por más de 15 años con la cuenta del actor y los rendimientos financieros que fueron efectivamente generados, además de que los seguros de invalidez y muerte fueron entregados a terceros de buena fe.

## **2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **2.3.1. ALEGATOS DE PORVENIR**

Señaló que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma

espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues PORVENIR al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Si lo anterior no fuera suficiente, la entidad ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

Agrega que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado del demandante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que no es cierto que PORVENIR se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. Igualmente no puede desconocerse el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues está dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene PORVENIR, por lo que debe revocarse la declaratoria de ineficacia del traslado.

De otro lado indica que en caso de confirmarse se debe revocar la condena de traslado de los dineros descontados por Gastos de administración, pues estas sumas tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a la cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que dichos

descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado. Indica que atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. Por si lo anterior fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Agrega que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en como deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

### **2.3.2. ALEGATOS COLPENSIONES**

Señaló que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que debe tenerse en cuenta la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, a través del cual se estableció

claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez.

Agrega que el decreto 2241 (Régimen de protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, no solo consagra deberes a las administradoras de pensiones frente a los afiliados, en su artículo 4 señala la norma, que el consumidor deberá propender por el cumplimiento de unos deberes, a fin de garantizar la total transparencia y educación en la toma de decisiones. Por consiguiente, no se debe asumir y habilitar en este tipo de procesos que el afiliado presente una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, no es admisible que frente a un derecho tan trascendental como lo es la pensión, solo hasta cuando se avecina el cumplimiento de la edad mínima pretenda información al respecto que siempre ha estado habilitada para sus afiliados. Son Actitudes omisas frente a los extractos remitidos, boletines remitidos por la AFP o plataformas de información disponible.

Señala que en sentencia C- 1024 de 2004 indica la Corte que la restricción esgrimida por la Ley, esto es, El Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 persigue un objetivo claro: En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros...” El impacto monetario que acarrea el traslado del régimen no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico. La disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema, no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad o ineficacia.

De otro lado, indica que si se considera que la sentencia debe ser condenatoria, se debe trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Conforme a las sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019, ordenar el traslado de las Cuotas de administración INDEXADAS, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían hacer parte del fondo de naturaleza pública, dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia. El fondo debe soportar financieramente la negligencia o debida diligencia pues a sabiendas de que NO LE CONVENIA trasladarse al fondo privado, sin embargo, lo aceptaron, está claro y así lo dicen los simuladores pensionales en ambos regímenes,

cuando en el fondo privado accedería a una mesada muy inferior a la que tendría en el RPM, en consecuencia, solicito que se modifique o adicione una obligación de hacer, en cuanto a que se ordene realizar el cálculo actuarial a Colpensiones y el fondo privado y en caso que llegue a ser insuficiente los recursos trasladados, se le ordene al fondo privado completar inclusive con sus propios recursos lo que falte para financiar el 100% de la pensión que ya estaría a cargo de Colpensiones.

Insiste en que resulta procedente entonces, el traslado de las Cuotas de administración, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían hacer parte del fondo de naturaleza pública, dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

### **3. DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA**

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A. analizando especialmente lo referente a las cuotas de administración y los seguros previsionales-.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de apelación, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

### **4. CONSIDERACIONES**

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto



bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna*. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° 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, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información  <b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE</b>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 8 de noviembre de 2006 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl. 24 archivo 01 expediente digital) existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado básicamente por el relato de algunos beneficios pero sin explicarle como podía acceder a ellos y la supresión del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición.

Expresamente el señor JUAN MANUEL MARTÍNEZ TEJADA en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniero civil y en la actualidad labora en construcción de obras de concesión. Respecto de las circunstancias en que se dio su afiliación a PORVENIR relató que para 2006 estaba en su oficina y se comunicaron a recursos humanos desde Porvenir pidiendo una cita para comunicarle sobre las pensiones, se reunieron unas 5 personas, les contaron que estaban recibiendo afiliación al régimen de pensiones porque posiblemente el Seguro Social se iba a liquidar, que si se cambiaban el régimen privado podían pensionarse más jóvenes, con una mejor pensión y que no tendrían el riesgo de la liquidación del ISS. Indicó que antes de firmar el formulario no sabía que los aportes iban a ser depositados en una cuenta individual, que no sabía que le descontarían un porcentaje para administración, que tampoco sabía que podía retractarse. Señaló que para el momento del traslado ya estaba casado, pero que no le pidieron información sobre sus beneficiarios, que no le dijeron que en caso de fallecer sus aportes podrían heredarse, que le indicaron que las semanas que tenía en el ISS pasarían al fondo privado, pero no le explicaron en que momento pasarían, que no tenía claro cómo se financiaría su pensión, que cree que con los aportes, que no le hablaron de

rendimientos. Indicó que antes de cumplir los 52 años no fue citado para una reasesoría, que después de afiliarse nunca más fue visitado por un asesor de PORVENIR.

Adujo que cuando le dijeron que podía pensionarse con una mejor pensión y más joven no le explicaron cómo podía acceder a estos beneficios y tampoco tenía claridad cuál era la manera en que se calculaba la pensión en el ISS. Señaló que él no recibió la notificación por parte de PORVENIR para que se acercara al fondo a recibir la reasesoría previo el cumplimiento de los 52 años de edad, aunque reconoce que la dirección a la que fue enviada en algún momento fue donde tuvo su oficina. Manifestó que quiere regresar a Colpensiones porque no le parece justo la pensión que recibiría en PORVENIR cuando en COLPENSIONES podría hacerlo con un mejor salario. Señaló que no buscó trasladarse antes porque no sabía cómo quedaría su pensión en Porvenir, que solo hasta que empezó a indagar de cómo quedaría su pensión fue que decidió demandar para buscar su traslado.

Destáquese en este punto que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión total del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación completa por parte de un asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pues solo le explicaron que con estos podía tener exenciones tributarias, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se les habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no el afiliado por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionado y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a las que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la parte accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto.

Respecto a la afirmación de la apoderada de PORVENIR de que no debe declararse la ineficacia porque al actor se le envió una citación para que asistiera a una RE-ASESORÍA antes de cumplir los 52 años de edad, ha de indicarse que en primer lugar, el documento visible a folios 42 del archivo 02 de la contestación de Porvenir, niquiera da cuenta de que efectivamente al demandante se le hubiera realizado la referida re asesoría o que por lo menos se le hubiera enviado la citación para que se presentara al fondo, pues el mismo no tiene constancia de entrega ni guía de envío, y en todo caso, aunque se hubiera efectuado la re asesoría, la misma en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información al momento del traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque PORVENIR hubiese desmotivado al accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

... porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

En todo caso, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o

asimilar una RE-ASESORÍA a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a PORVENIR SA, trasladar a COLPENSIONES **todos** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, como de forma acertada lo indicó la a quo debiéndose **CONFIRMAR** la decisión en este punto.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Empero, esto no quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un

patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

Así mismo estima la Sala que se debe ordenar la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, tal y como de forma acertada lo indicó la a quo, cuando señaló que este dinero debía ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de las AFP, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, pues el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo, debiendo CONFIRMARSE la sentencia en este punto.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021

Sin embargo se ADICIONARÁ el fallo en mención, indicando que al momento de cumplirse la orden impartida, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo ordenó la Corte en sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir por no haber tenido éxito en el recurso y a favor del demandante. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.



5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

**PRIMERO: CONFIRMA** la sentencia proferida el 6 de julio de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JUAN MANUEL MARTÍNEZ TEJADA** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 79.157.009 contra **PORVENIR S.A y COLPENSIONES**.

**SEGUNDO: ADICIONA** el numeral tercero del fallo bajo el entendido que **PROTECCIÓN S.A.**, al momento de cumplir la orden, los conceptos que traslade a COLPENSIONES deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de Porvenir por no haber tenido éxito en el recurso y a favor del demandante. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los magistrados  
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SALA LABORAL**



**SECRETARÍA**

**EDICTO**

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

**HACE SABER:**

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante:	<b>JUAN MANUEL MARTÍNEZ TEJADA</b>
Demandado:	<b>COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.</b>
Radicado No.:	<b>05001-31-05-001-2020-00131-01.</b>
Decisión:	<b>CONFIRMA Y ADICIONA</b>
Fecha de la sentencia:	<b>16/12/2022</b>

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **19/12/2022** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario