



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)**

Demandante: SANTIAGO RODOLFO HERNÁNDEZ GALLEGO  
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
Radicado: 05001 31 05 016 2020 00163  
Sentencia: S-336

### **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. y en el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín el día 13 de mayo de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

### **PRETENSIONES**

SANTIAGO RODOLFO HERNÁNDEZ GALLEGO demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

por no habersele proporcionado una información completa y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Pretende además se condene a las demandadas a las costas del proceso.

### **LOS HECHOS**

Expone como fundamento de sus peticiones, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales -ISS- a partir del mes de marzo de 1989; el 17 de enero de 1995 suscribió el formulario de traslado y afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir S.A., con la convicción de que accedería al derecho pensiones en los términos ofrecidos por el fondo privado de mejores garantías que en el ISS, bajo el argumento de dicho instituto se iba a acabar. Agrega que en la asesoría brindada por la AFP no se le informó sobre la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación o traslado, tampoco se enfatizó en temas determinantes como la construcción a través del capital de la mesada pensional conforme a lo ahorrado en su cuenta individual; ni los rendimientos generados, la pensión anticipada, la fluctuación del mercado. Indica que la falta de información y asesoría lo hizo incurrir en error de hecho para la afiliación al fondo que administra Porvenir S.A.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar, COLPENSIONES dice que es cierta la fecha de afiliación del demandante a esa entidad, el 27 de marzo de 1989, sobre los demás hechos, dice que no le constan por cuanto son hechos que corresponden a un tercero ajeno a Colpensiones. Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentación fáctica y legal. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, inoponibilidad de la

responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción.

PORVENIR S.A. dice que no le consta la afiliación del actor al ISS, sobre los hechos relacionados con el traslado del demandante al régimen de ahorro individual, refiere que la afiliación de aquél a esa AFP –contrario a lo dicho en la demanda- fue producto de su voluntad y de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones del traslado, el funcionamiento del RAIS. Se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda y como excepciones propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 13 de mayo de 2022, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, i) DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A. realizada el enero 17 de 1995. En consecuencia, DECLARÓ que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ii) ORDENÓ a PORVENIR S.A., a trasladar al demandante, al RPMPD administrado por COLPENSIONES-; iii) ORDENÓ a PORVENIR S.A. a devolver, al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues consideró que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos; iv) ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPMPD del demandante y recibir todos los

dineros que sean trasladados por PORVENIR S.A.. Autorizó a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al actor al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo; v) se ABSTUVO de resolver las excepciones propuestas por Colpensiones, ABSOLVIÓ de condena en costas; vi) DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A.; vii) CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, el apoderado de PORVENIR S.A. recurre la sentencia de primera instancia argumentando que para declarar la ineficacia de la afiliación el despacho no valoró que en este caso, el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen, se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, documento público el cual expresaba la voluntad de querer afiliarse al RAIS habiendo sido asesorado sobre los aspectos del mismo, conforme así lo exigía el artículo 114 de la ley 100 de 1993. Sostiene asimismo el apelante, que no se trataba de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte mandante de quien se presume como una persona capaz de obligarse.

Por otro lado, dice que no se puede desconocer que PORVENIR S.A. siempre le garantizó al actor el derecho al retracto lo que se probó con la publicación que realizó en el diario EL TIEMPO el día 14 de enero del año 2004 como dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1161 del año 1994, sin que el afiliado ejerciera dicha facultad.

Discute también la condena relacionada con la devolución por los gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, el cual establece que el RPM también se destina un 3% de su cuota de cotización a financiar unos

gastos de administración, pensión de invalidez y pensión de sobrevivencia, es decir, descontados por ley; asimismo dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez del demandante, razón por la cual están sujetos al fenómeno de la prescripción.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término del traslado concedido a las partes, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales solicita se analice nuevamente lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen de conformidad con lo establecido 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 y estableció que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez.

De otro lado, manifiesta que, la declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado del afiliado y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones – SGP-, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

En caso de declararse la ineficacia de afiliación del actor solicita se condene a la AFP PORVENIR S.A a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante.

El apoderado de PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión bajo los mismos argumentos enunciados en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, insistiendo en que no se probó en este caso vicio del consentimiento alguno para declarar ineficaz la afiliación del demandante; y en la improcedencia de trasladar a Colpensiones

los gastos de administración y las primas de seguros, por cuanto estos rubros no están destinados a financiar la prestación del afiliado.

### **CONSIDERACIONES:**

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por el apoderado judicial de la entidad demanda PORVENIR S.A. a través del recurso de apelación, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA con el objeto de salvaguardar los intereses de COLPENSIONES, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia proferida en primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación del Sr. SANTIAGO RODOLFO HERNÁNDEZ GALLEGO realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que la AFP queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **(i)** SANTIAGO RODOLFO HERNÁNDEZ GALLEGO nació el 16 de junio de 1961; **(ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 27 de marzo de 1989; **(iii)** el 17 de enero de 1995 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., realizando cotizaciones a partir del mes de febrero de ese mismo año, entidad en la que se encuentra vinculado en la actualidad.

Lo que pretende el demandante con la presente acción judicial, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS, administrado en este caso por la AFP PORVENIR S.A., y que, en consecuencia, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente por parte de los promotores del fondo privado, dado que, al momento de tramitar el traslado, no se tuvo en cuenta su situación particular, lo que ocasionó que abandonara un régimen que claramente le era más favorable.

Al respecto importa reiterar, tal y como se ha dicho en múltiples providencias en las cuales se ha dirimido el tema de la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación. Adicionalmente, se ha establecido que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que el afiliado no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba que acredite que esa obligación sí se cumplió.

Así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años, como ha ocurrido por ejemplo en las sentencias SL 12136 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1421 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 2611 de 2020, SL 1741 de 2020, SL 1741 de 2021, SL 3537 de 2021 o más recientemente la SL 1055 del 2 de marzo de 2022 y la SL 2058 del 4 de mayo de 2022, entre muchas otras. Como sentencia-hito sobre el tema, cabe destacar lo que se dijo en aquella primera providencia, la Rad. N° 31.989 de 2008:

*“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la*

*información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Del desarrollo jurisprudencial citado se pueden evidenciar una serie de ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente: (i) el juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico; (ii) el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado; (iii) le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y (iv) no es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no existen pruebas que permitan tener por acreditado que el fondo privado realizó en ese momento un análisis integral de las condiciones concretas y subjetivas del afiliado, con expresión de las ventajas y desventajas de ambos regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que esta pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información al afiliado, al no suministrarle, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación – contrario a lo dicho por el recurrente-, no puede significar que con ello la entidad cumplió con su obligación de suministrar una información completa, precisa, adecuada y oportuna, relacionada con las ventajas y desventajas de permanecer en el ISS o trasladarse al fondo privado.



Dicho documento no contempla un análisis de su caso en particular que contenga una proyección de su situación pensional concreta y específica, en uno u otro régimen, sino que simplemente se trata de un formato preestablecido, en el cual solo hace constar que tomó la decisión de manera espontánea y sin presiones, cuestión, que, en rigor, no se está controvirtiendo en este evento.

Lo anterior permite dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

Tampoco es de recibo el argumento relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frente al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo de 2022, ha considerado que es un despropósito *“... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999”*.

Ahora bien; tampoco es procedente el argumento de COLPENSIONES en cuanto solicita considerar las implicaciones económicas que se pueden llegar a generar con decisiones como ésta, especialmente por existir una eventual afectación a la sostenibilidad financiera del sistema más cuando no participó en el acto de traslado, siendo un derecho que ejerció la demandante en su momento y permitido según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

El principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, entronizado en el Acto Legislativo 01 de 2005, está orientado a lograr el aseguramiento de su propia subsistencia. Esto es, se impone la garantía de que se pueda contar con los recursos necesarios para reconocer y pagar las diversas prestaciones a los afiliados al sistema, presuponiendo la limitación de los recursos disponibles, y que, por ello mismo, deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos y la eficacia y solidaridad del sistema. Y para esto es indispensable asegurar el pago efectivo de las cotizaciones, aunado al concurso del Estado cuando ello sea requerido, de tal modo que el sistema sea viable para el pago de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

En casos como el presente, el regreso del demandante al RPM no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que la demandante alcanzó a acumular en el Régimen de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima como más adelante se verá, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

**Devolución cuotas de administración, seguro previsional y demás conceptos.**

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales tema cuestionado en el recurso de apelación de la AFP PORVENIR S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas

recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada más recientemente en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

(...)

*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.”* (Resaltado por la Sala)

En consecuencia, la decisión deberá ser CONFIRMADA, sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según ha sido tratado en múltiples

providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022, rad. 89282:

*“En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).”*

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

En lo que tiene que ver con la orden del A quo, de reintegrar a Colpensiones el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional al menos el tipo A, y por tal razón, si el bono pensional fue pagado se debe efectuar la devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a Colpensiones, por lo que tal orden será revocada.

En consecuencia, se revocará en este puntual aspecto la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A. a favor del demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1 '000.000.

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

### **R E S U E L V E:**

**CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, el día 13 de mayo de 2022. La **REVOCA** sólo en cuanto ordenó a PORVENIR S.A. devolver a Colpensiones el importe del bono pensional que se hubiere pagado en favor del señor SANTIAGO RODOLFO HERNÁNDEZ GALLEGO, si este fue recibido se debe efectuar la devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a Colpensiones.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1 '000.000.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **27d26865b1e9f75f98edbb39ee6fa92aee26158083ce7ff58935eb2c1ffd7adf**

Documento generado en 15/12/2022 12:01:26 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**