



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Luis Antonio Martínez Gómez
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-012-2021-00183
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 051** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS ANTONIO MARTÍNEZ GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA**; con radicado **05-001-31-05-012-2021-00183**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferida por el doctor **GIOVANNY SUÁREZ TORRES**, en calidad de apoderado judicial para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería para actuar al Dra. **DANIELA ECHEVERRY GARCÍA**, identificada con cédula de ciudadanía N.º 1.128.481.307 y portadora de la tarjeta profesional N.º 275.505 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **COLPENSIONES**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., debiéndose ordenar al retorno y la activación al RPM administrado por COLPENSIONES, en los dos meses siguientes a que se produzca el fallo.

Como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual; que se declare y reconozca cualquier otro derecho distinto al pretendido, siempre y cuando se halle demostrado dentro del proceso. Y que se condene en costas procesales.

- **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones indicó que nació el 10 de noviembre de 1961, por lo que cuenta con 59 años. Que cuenta con más de 1.379 semanas de cotización. Que se encuentra cotizando desde noviembre de 1991, aportes que inicialmente realizó al RPM ahora administrado por COLPENSIONES. Que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 se crearon los fondos privados del RAIS y para la época contaba con 32 años y 136 semanas de cotización. Que a partir del año 1994 las AFP iniciaron campañas masivas de afiliación, utilizando como estrategia el miedo y la desinformación de los aportantes al sistema. Que en abril de 1996 se encontraba trabajando para ACERTA LTDA., cuando le solicitaron trasladarse a PORVENIR S.A. Que llegó una asesora comercial para que tomara la firma y de otros trabajadores sin brindarles ningún tipo de asesoría profesional. Que PORVENIR S.A. hizo caso omiso a la restricción del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Que, en mayo del año 1999, nuevamente le solicitaron trasladarse a COLFONDOS S.A. y la asesora tomó la firma sin brindarle ninguna asesoría. Que COLFONDOS S.A. nunca le informó sobre la restricción del traslado, ni como se calculaba la pensión en el RAIS. Que el año 2012, cumplió 51 años, siendo este el último plazo para realizar un traslado de régimen. Que COLFONDOS S.A. nunca mostró una proyección de su pensión al cumplir 52 años para que el pudiera tomar una decisión consciente y objetiva. Que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional el 25 de febrero de 2021 y este fue negado. Que el 10 de marzo de 2021 radicó ante PORVENIR S.A. una solicitud de información y aclaración de incógnitas mediante correo electrónico, pero

PORVENIR S.A. nunca respondió a dicha solicitud. Y que el 24 de febrero de 2021 se radicó ante COLFONDOS S.A. solicitud de información y aclaración de incógnitas y esta dio respuesta el 10 de marzo de 2021, siendo poco concreta frente a las preguntas realizadas.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento y su edad. Que no le consta las semanas cotizadas que reposan en su historial laboral. Que es cierto que reportó cotizaciones al ISS desde el 25 de noviembre de 1991. Que es parcialmente cierto que el 1° de abril de 1994 el demandante contaba con 32 años, pero no es cierto que para esa fecha contaba con 136 semanas, ya que según historia laboral solo acumulaba 120 semanas. Que no le consta los vínculos laborales del demandante. Que no le consta los hechos relacionados con entidades ajenas a COLPENSIONES. Que es parcialmente cierto el hecho de que en el año 2012 el demandante cumplió 51 años, pero no es cierto que hasta esa fecha tuviera plazo para retornar al RPM, pues solo podía hacerlo hasta antes de cumplir 52 años, días antes inclusive. Que es cierto que solicitó retornar al RPM en la fecha indicada y es cierta la respuesta entregada. Y que no le consta las solicitudes elevadas a terceros. Se opuso a todas las pretensiones y presentó varias excepciones de fondo.

- ✓ **COLFONDOS S.A.:**

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta su fecha de nacimiento ni su edad. Que no le consta las semanas de cotización. Que no le consta la fecha ni el régimen donde inició cotizando. Que no le constan la edad y las semanas que tenía el demandante para la época de entrada de los fondos privados. Que no es cierto que COLFONDOS S.A. a partir de 1994 inició campañas masivas de afiliación, utilizando como estrategias el miedo y la desinformación, pues COLFONDOS S.A. capacita a todos sus asesores y, además, él fue quien voluntariamente eligió trasladarse al RAIS. Que no le consta los hechos, apreciaciones e interpretaciones relacionadas con terceros ajenos. Que no es cierto que le solicitaron al demandante que se trasladara a

COLFONDOS S.A., pues el optó por trasladarse de manera informada, libre, espontánea y sin presión alguna. Que no es cierto que COLFONDO S.A. nunca informó sobre las restricciones ni sobre cómo se calculaba la pensión, pues al demandante al momento de la afiliación se le dio toda la información pertinente. Que no le consta las solicitudes elevadas a otras entidades y tampoco las respuestas brindadas. Que es cierto que elevó solicitud de información y aclaración de incógnitas a COLFONDOS S.A. y se le dio respuesta el 10 de marzo de 2021. Que no es cierto que no se le dio una respuesta concreta frente a las preguntas realizada. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demandada, manifestó que no le consta su fecha de nacimiento y su edad. Que le consta las semanas de cotización a la fecha. Que no le consta las cotizaciones al RPM. Que no le consta la edad y las semanas de cotización para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Que no es cierto que PORVENIR S.A. utilizó como estrategias el miedo y la desinformación, pues ha de tenerse en cuenta que, siempre brindó a la actora información clara, precisa, veraz y suficiente. Que no le consta los vínculos laborales. Que no le consta la afiliación con otras entidades. Que no le consta los hechos que hacen relación a otras entidades. Que es cierto que el 10 de marzo de 2021 se radicó ante PORVENIR S.A. una solicitud de información y aclaración de incógnitas, pero no le consta que no se le dio respuesta a la misma. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 1° de agosto de 2022, el Juzgado Decimosegundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión, expuso que los fondos privados tienen la obligación de brindar información completa y comprensible, que permite que

los que pretenden captar como afiliados tomen una decisión informada y voluntaria. Que los fondos privados tenían la carga de probar su diligencia y cuidado al momento de brindar la información veraz, completa, suficiente y oportuna sobre las implicaciones que le acarreaba el traslado de régimen, de manera clara, detallada y documentada, señalándole cuáles eran las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Y que las administradoras no aportaron prueba del cumplimiento de dicha obligación o con el deber de información y del buen consejo, por lo que el acto de afiliación es ineficaz.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A, a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos del actor, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

CONDENÓ a PORVENIR S.A, a trasladar con destino a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, lo descontado durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante, por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación del demandante al RPM, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que las semanas acreditadas por la AFPs se refleje en su historia laboral.

DECLARÓ infundada la excepción de prescripción, compensación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A.

- **APELACIÓN:**

- ✓ DEMANDANTE:

El apoderado de la parte actora, solo interpuso el recurso de apelación en lo que concierne a las costas que no se impusieron a COLFONDOS S.A., esto teniendo en cuenta que esta entidad también tuvo la responsabilidad de brindarle la información al actor al momento del traslado entre administradoras de fondos privados de pensiones, y por otra parte, también fue responsable en no dar aviso antes del cumplimiento de los 52 años para informarle que estaba llegando a una edad restrictiva.

- ✓ PORVENIR S.A.:

El apoderado de la entidad, presentó su recurso de apelación parcial, frente a la condena de devolver gastos de administración y la prima de seguro previsional, toda vez que se debe tener en cuenta que estos gastos de administración conforme al inciso 2 del artículo 20 de Ley 100 de 1993, expresan que en el RPM también se descuenta un 3% de la cotización para financiar dichos gastos, la pensión de invalidez y sobreviviente, pero estas sumas no están llamados a financiar la pensión de vejez y tampoco pertenece al demandante en ninguno de los regímenes pensionales, por lo que no puede predicarse que se vaya devolver todo al estado en que estaba antes de realizarse el traslado, que se deban devolver los gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, en consideración que estos no debieron haber ingresado en el patrimonio de PORVENIR S.A., pues por la gestión realizada al demandante de sus cotizaciones, sino que por el contrario, si bien es la finalidad para devolver los gastos de administración tendría entonces que el demandante o COLFONDOS devolver los rendimientos que le dio PORVENIR S.A. al momento de realizarse el traslado horizontal, pues estos se debieron haber generado en la medida que el demandante nunca tuvo que haber estado entonces al RAIS, sin embargo, por disposición de la Ley 100 de 1993 estos gastos de administración no se deben devolver en consideración a que le pertenecen a PORVENIR S.A. por su gestión en la administración de

las cotizaciones, tanto así que, se ha visto reflejado en los rendimientos y estos ya fueron entregados a COLFONDOS S.A. Que el artículo 13 dice que las únicas sumas de dinero que se deben retornar son las cotizaciones y los rendimientos. Que además la aseguradora cumplió en todo momento con su deber asegurador para con el demandante mientras estuvo vigente su vinculación a PORVENIR S.A. Que contrario a lo que manifiesta la juez de instancia en cuanto a que no se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa, esto no es así, considerando que no hay una norma legal ni constitucional que disponga tal devolución. Que se debe declarar la prescripción de todos los gastos de administración y primas de seguro previsional, y en igual sentido se estudie la indexación del caso, toda vez que la cuenta de ahorro individual la tiene COLFONDOS S.A. y a la fecha del traslado le generó los rendimientos que le fueron debidamente trasladados a COLFONDOS y esta situación estaría generando una doble condena y PORVENIR S.A. no está generando gastos de administración.

De igual forma, la presente sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a Colpensiones.

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

La parte actora indicó en sus alegatos que, uno de los principios que rigen el derecho laboral y de la seguridad social, es el principio de favorabilidad, en el cual se deben basar las decisiones de quienes estén investidos como jueces laborales, teniendo en cuenta que se debe aplicar la norma o interpretación jurídica más favorable al trabajador. Que la autoridad judicial centro su negativa de acceder a la ineficacia de traslado, al dar por probado que el consentimiento del demandante fue informado, con la simple suscripción del formulario de afiliación, asimismo, al afirmar que solo en los eventos en los que existen consecuencias negativas por el cambio de régimen del afiliado, es que es procedente la ineficacia peticionada, y como quiera que no era beneficiario del régimen de transición, ello impedía la prosperidad de las mismas. Que la Sala de Casación Laboral tiene una línea jurisprudencial clara y concreta de los traslados horizontales en el RAIS, afirmando que estos no

convalidan el deber de información de las AFP en el momento del acto jurídico del traslado, siendo este oportuno. Que los fondos privados no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que cumpliera los 52 años. Que del interrogatorio de parte se evidencia que fue engañado por los asesores de las AFP, quienes utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema. Y que los traslados horizontales no convalidan el deber de información de las AFP en el momento del acto jurídico del traslado.

✓ COLPENSIONES:

Solicita en sus alegatos que se revoque en su integridad la sentencia emitida, por cuanto el traslado del RAIS a la AFP privada a través de formulario de vinculación fue de manera libre, espontánea y sin presiones, pues como lo expresa en el interrogatorio de parte, para la fecha del traslado, el deber de información que tenían las administradoras de pensiones se encontraba en los parámetros establecidos en el Decreto 663 y 1993. Que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Que cada parte debe probar el supuesto de hecho que exhibe, y el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorables para aportar las evidencias. Que la parte demandante no aporta ninguna prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega y pretende que bajo la figura de la carga dinámica de prueba se exima de probar mínimamente lo alegado en el libelo demandatorio. Que no se probó que el traslado al RAIS haya sido por falta de información, pues quedó establecido en la declaración rendida que en el momento en que se trasladó, el asesor del fondo privado le suministró la información que le permitió suscribir el formulario de afiliación, sin presión alguna. Que la declaración injustificada de ineficacia del traslado, afecta la sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Que COLPENSIONES en ningún momento realizó ninguna actuación omisiva ni contraria, por lo que no le compete la realización de lo solicitado traslado, pues este no intervino ni afectó en forma la decisión, además, no tiene la responsabilidad alguna de afiliar y recibir los aportes realizados a los fondos privados, pues el demandante para la fecha de afiliación al RAIS, no

se encontraba afiliado al ISS, por lo tanto, la declaratoria de ineficacia no produciría los efectos jurídicos pretendidos, pues este nunca ha pertenecido al RPM. Que en caso de que se desestimen los argumentos expuestos por el suscrito solicita que, no se condene en costas a COLPENSIONES, toda vez que la entidad no participó en el acto que se declara nulo y la misma fue una conducta desplegada por un tercero ajeno a la administradora del RPM. Que solicita que se ordene la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente junto con las cuotas de administración, primas de reaseguros de Fogafín, de manera indexada, así como las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración con todos sus frutos e intereses por el tiempo que el demandante permaneció afiliado al RAIS.

✓ PORVENIR S.A.:

En sus alegatos solicitó que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que no se probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta, por lo que el acto goza de plena validez, así como tampoco, el artículo 1508, el cual expresa cuales son los vicios del consentimiento. Que no se puede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues se estaría violando el principio de la inescindibilidad de las normas, al acudir también a disposiciones del Código Civil, como tampoco se puede aplicar el artículo 899 del Código de Comercio. Que el formulario de afiliación suscrito por el actor se presume válido, siendo una selección libre, espontánea y sin presión, el cual no fue tachado de falso. Que se debe tener como saneada la afiliación por la ratificación tácita de la parte demandante al permitir los descuentos del aporte con destino al régimen privado y, además, se le permitió el derecho de retracto. Que, si se cumplió con la carga procesal impuesta, pues se aportaron los documentos que se tenían en su poder y que no es viable imponer cargas distintas a los fondos privados. Y que en el hipotético caso de considerar que no tuvo validez el negocio jurídico, solo se debe trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, sin ninguna otra suma diferente, como lo son los gastos de administración y primas de seguros.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación del señor LUIS ANTONIO MARTÍNEZ GÓMEZ a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados; *iii)* la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; y *iv)* la absolución de las costas a COLFONDOS S.A..

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se

efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon la afiliación del actor, del interrogatorio de parte se desprende que no suscribió el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. en presencia de un asesor de esta entidad. Que el área de recursos humanos le paso un formulario y él lo diligencio y firmó. Que como todos los empleados de la empresa estaban afiliados a PORVENIR S.A. el decidió también estar en el mismo fondo de pensiones. Que no recibe extractos. Que su motivación para trasladarse a COLFONDOS en 1999 se dio porque el área de recursos humanos le paso el formulario y lo firmó. Que con el asesor de COLFONDOS S.A. tuvieron una charla general indicándole que podría pensionarse a la menor edad y otra cantidad de ítems, por lo que él quedó convencido y se trasladó. Que no le prestó atención a los requisitos para pensionarse a una temprana edad. Que no presentó ante COLFONDOS quejas o reclamación. Que no le indicaron las diferencias entre un régimen u otro. Que no le dijeron cuando era el capital que debía de tener para poder pensionarse. Y que su motivación para trasladarse a COLPENSIONES radica en la mesada pensional y además porque se siente más confiado y respaldado en el fondo público.

En lo que respecta a la carga de la prueba, es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A. ni COLFONDOS S.A., toda vez, que pese a que se anexó el documento de folio 92 del DPF11 y folio 20 del PDF09, respectivamente, esto es, los formularios de afiliación, lo cual permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que estos documentos no son prueba suficiente para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante haya firmado el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin

presiones”, no implica que el actor conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto 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, en lo que tiene que ver con el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez

Con respecto a la información que se le debía brindar al demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS del actor fue el 15 de abril de 1996, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: “...i) la insuficiencia de la información genere lesiones

injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

No pasa por alto esta corporación, que el actor realizó traslados entre fondos privados, sin embargo debe dejarse claro que esto no significa que se hubiese revalidado la decisión, toda vez que como ya se precisó la institución aplicable en este caso es la ineficacia, y ello implica que mediante actos posteriores no se pueda obtener una ratificación, convalidación o saneamiento, puesto que la consecuencia de un acto jurídico que no cumplió los requisitos legales para su formación es la carencia de efectos, por lo que la movilidad del actor dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que indicar que la información brindada se debe de analizar desde el momento de la afiliación inicial al régimen pensional, la cual fue realizada a PORVENIR S.A. en el año 1996, y no con los actos posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

“Por último, considera también la Sala que la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).” (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Se tiene entonces que PORVENIR S.A., como primer fondo al que se trasladó el actor, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privados:

Ahora bien, con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron 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 el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a las apelaciones y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, teniendo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, y que la presente sentencias está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta, **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, además de lo ordenado por la juez, deberá también devolver lo correspondiente a la **prima de reaseguro de Fogafín** debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias con radicado SL1688-2019, SL1689-2019, SL 782-2021, SL 1187-2021 y SL 1197-2021, debiéndose en este aspecto **ADICIONAR** la sentencia, haciendo la claridad que PORVENIR S.A. solo deberá devolver este concepto durante el tiempo en que estuvo afiliado allí.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en

⁶En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁷Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

iv. Costas procesales.

Con relación a la no condena en *costas procesales* a COLFONDOS S.A., debe indicar la Sala que no es procedente tal solicitud, toda vez que, el origen de la discusión se da en razón de la conducta de PROVENIR S.A., como se explicó anteriormente, pues fue la administradora del RAIS quien originó la ineficacia y para el caso se tiene como vencida, siendo COLFONDOS S.A. convocado al proceso con el fin de que una vez se definida la controversia proceda a devolver todos los valores que posee la demandante en su cuenta individual, como se dijo en párrafos anteriores, por lo tanto no se trata de una parte vencida conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso, y en ese sentido no hay lugar a la imposición de costas a su cargo, debiéndose **CONFIRMAR** la sentencia en este aspecto.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. por no salir adelante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.160.000.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, la **prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos, aclarando que PORVENIR S.A., solo deberá trasladar este concepto por el tiempo en que el actor permaneció allí.

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Luis Antonio Martínez Gómez
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A., y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-012-2021-00183
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

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/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 16 de marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 16 de marzo de 2023 a la 5:00 pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO