



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Luis Eduardo Vásquez Posada
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-009-2020-00296
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 **053** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS EDUARDO VÁSQUEZ POSADA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PORVENIR S.A** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA**; con radicado **05-001-31-05-009-2020-00296**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, obrando en calidad de representante legal para procesos de COLPENSIONES de la firma MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S., de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. DARIO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO, identificado con cédula de ciudadanía No.80.845.672, y portador de la tarjeta profesional N° 271.442 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

De igual forma, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.017.267.151 y portador de la tarjeta profesional N° 380.131 del Consejo Superior de la Judicatura, como abogado inscrito de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., para que continúe la representación judicial de PORVENIR S.A.

- **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación o nulidad del traslado a PORVENIR S.A. realizada el 1° de mayo de 1999 y así mismo la ineficacia del traslado a COLFONDOS efectuada el 1° de febrero de 2003, y el retorno a PORVENIR S.A el 1° de noviembre de 2005.

Como consecuencia, que se orden a PORVENIR S.A trasladar el saldo de la cuenta de ahorro del demandante incluido rendimientos y bono pensional a COLPENSIONES, debiendo COLPENSIONES recibir y activar la afiliación al RPM e incorporara las semanas cotizadas. Y que se condene en costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como supuestos fácticos de las pretensiones expuso que nació el 06 de agosto de 1957 y tiene 63 años a la fecha. Que se vinculó al ISS el 22 de agosto de 1975 al 25 de marzo de 1988. Que el reporte de historia laboral de COLPENSIONES se refleja solo 358.86 semanas cotizadas al RAIS, pero que existen tiempos cotizados como servidor, para su bono pensional. Que el día 26 de abril de 1999, PORVENIR S.A brindó una asesoría para trasladarse de fondo. Que se le realizó una proyección pensional donde señalaba que tendría una mejor pensión en el fondo privado. Que en 1999 se trasladó a PORVENIR S.A. Que en el 25 de mayo de 2000 se realiza otra proyección señalando que su mesada pensional por pensión de vejez sería mejor en el RAIS que en RPM. Que en febrero de 2003 se trasladó a COLFONDOS S.A, pero retorno nuevamente a PORVENIR S.A en noviembre de 2005. Que ninguna de las administradoras cumplió con su deber de información, pues no se le brindó una información clara, veraz y completa. Que no se le habló sobre los requisitos para adquirir la pensión. Que desde la fecha de traslado a la AFP

ha realizado aportes al RAIS con 457 semanas al 30 de octubre de 2014 las cuales se sumas a las 977.14 semanas del RPM. Que cuenta con un total de 1.434 semanas cotizadas. Que según PORVENIR S.A solo cuenta con 1.394 según extracto del 17 de octubre de 2019. Que en agosto de 2009 a la edad de 52 años no recibió ningún tipo de asesoría por parte de PORVENIR S.A., ya que era la edad máxima para ejercer su derecho de traslado de régimen. Que solicitó el 06 de junio de 2020 a PORVENIR S.A la realización de su protección pensional, la cual fue contestada por la AFP. Que el día 11 junio elevo solicitud de traslado a COLPENSIONES a la cual se le dio respuesta negativa. Y que la AFP ha emitido diversos reportes cambiando los datos y valores de las semanas cotizadas.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

En su contestación manifestó que no le constan la mayor parte de los hechos por cuanto que están relacionados con un tercero ajenos a la entidad y que se encuentran fuera de su ámbito de cobertura, sin embargo, manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento del demandante. Que es cierto que estuvo afiliado al ISS. Y que es cierto que cuenta con 358.86 semanas cotizadas, aunque las otras semanas relacionadas a cuando era servidor público no obra constancia de ellas en la historia laboral. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Y propuso varias excepciones de mérito.

- ✓ COLFONDOS S.A.:

Se pronunció frente a los hechos indicando que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la mayoría de los hechos por tratarse de situaciones fácticas del demandante ante terceros ajenos a la AFP. Que, si es cierto que el demandante estuvo afiliado a COLFONDOS S.A., y afirma que, si se le brindó una información clara, completa y suficiente, sin omitir la verdad. Se opuso a todas las pretensiones, y planteo varias excepciones de fondo.

- ✓ PORVENIR S.A.:

En su contestación manifestó que no le consta su fecha de nacimiento del actor como tampoco su edad. Que no le consta la vinculación al ISS ni las semanas cotizadas. Que no le consta los hechos relacionados a entidades ajenas a PORVENIR S.A. Que no es cierto que la AFP no haya informado al demandante sobre todos los pormenores que indicaba pasarse de régimen. Que no es cierto que el traslado del demandante no se haya hecho de forma libre, espontánea y voluntaria. Que no es cierto que no se le haya brindado una continua asesoría, ya que esta se realizó al momento de su vinculación y durante la vigencia de esta en la entidad. Que el demandante se afilió a HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A el 9 de noviembre de 2001, y posteriormente se trasladó a COLFONDOS y regresó nuevamente a PORVENIR S.A., en septiembre de 2005, evidenciándose una clara y suficiente asesoría, cumpliendo con la normatividad vigente para la fecha. Que no es cierto que contara con 1434 semanas cotizadas, sino que para febrero de 2022 contaba con \$79.930.499 en el RAIS y 358.8 semanas validas en el RPM constituyendo un total de 816 semanas en el SGP. Que no es cierto que PORVENIR S.A. nunca haya manifestado sobre la prohibición de traslado faltando 10 años o menos para adquirir la pensión, ya que la entidad la publicó en medios de comunicación de amplia circulación. Y que no es cierto que la entidad le haya ocasionado un perjuicio al demandante. Se opuso a todas las pretensiones y presento varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 13 de septiembre de 2022, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante, realizadas a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., y consecuencialmente para efectos pensionales se tiene que siempre estuvo vinculado al RPM.

Como fundamento de su decisión expuso que para toda afiliación debe estar precedida por la información suficiente, completa, veraz, amplia y oportuna para que la decisión a tomar de las personas este llena de conocimiento, teniendo en cuenta que, la eficacia es un principio de rango constitucional, siendo esta exigida para las AFP, toda vez que, de esto depende el futuro pensional de las personas y por ende su calidad de vida, por ello, para que se tome una decisión libre y consciente, esta debe de conocer cabalmente las

opciones de los distintos regímenes, y al no entregarse la información suficiente para el traslado se genera la ineficacia del mismo.

Como consecuencia, **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES con los respectivos rendimientos todos los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación del demandante a esa entidad, y por los períodos en que permaneció afiliado a la misma, cuya devolución incluye lo acumulado en las cuentas de ahorro individual, los valores cobrados a título de cuota de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima, y las cuotas de seguros previsionales.

Igualmente, **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los respectivos rendimientos, los valores cobrados a título de cuota de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima, y las cuotas de seguros previsionales, durante los períodos en que permaneció afiliado el demandante en esa entidad.

CONDENÓ a COLPENSIONES a aceptar el retorno a la entidad del demandante, sin solución de continuidad, y recibir los mencionados recursos para que vayan al fondo común que administra, sirvan para el financiamiento pensional del citado demandante, y su equivalente en semanas se reflejen en su historia laboral.

DECLARÓ no probadas las excepciones presentadas.

Y **CONDENÓ** en costas procesales a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A.

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó su recurso de apelación para que se revoque en la totalidad la sentencia, toda vez que el juez de primera instancia declaró la ineficacia, sin haber razón de las misma, por cuanto que se debe tener en cuenta la calidad especial con la que cuenta el demandante, ya que ostenta ser abogado de profesión, por ende, si contaba con conocimiento sobre temas pensionales, adicionándole la asesoría que tuvo por parte de la entidad para así poder tomar

una decisión consiente, libre e informada. Que al formulario de afiliación no se le puede restar valor probatorio, mucho menos desconocerlo, ya que acredita una entrega de información. Que el deber de la doble asesoría y el buen consejo, no eran obligaciones vigentes en la época del traslado, ya que el deber de información ha tenido un largo recorrido en el tiempo y no se podría obligar a la entidad a llevar a cabo acciones las cuales no existían para el momento. Que al momento del traslado no existía una información clara de los documentos que se tenían que dejar como soporte y mucho menos era una obligación. Que debe ser revocada la condena concerniente a cuotas de administración, teniendo en cuenta que la inversión de los gastos de administración no se hizo de forma antojada sino para la generación de rendimientos, la cual se refleja en la cuenta del accionante, y al devolver este concepto se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa. Que, en cuanto a los seguros previsionales, se destinaron a un tercero, la cual es la compañía aseguradora, para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, y que la misma cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, y condenar a estos valores que ya no están en poder la entidad, estaría trasgrediendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Y que debe ser revocar la condena en costas máxime que PORVENIR S.A siempre ha obrado de buena fe cumpliendo con los deberes legales.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

El apoderado de la entidad, presentó sus alegatos de conclusión solicitando que se modifique la sentencia de primera instancia, toda vez que según lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la solicitud de afiliación o traslado se analiza de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, así las cosas el documento suscrito por la accionante solicitando el traslado, obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección. Que la

accionante a la fecha de radicación de la solicitud de traslado al RPM, ya se encontraba inmersa en la limitante temporal de edad, por contar con 55 años. Que, en lo relacionado con la incidencia del principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social, debe decirse que los recursos económicos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir cualquier eventual retroactivo pensional. Que la declaratoria de sin solución de continuidad al régimen de prima media, atentaría contra la sostenibilidad de seguridad social del régimen de prima media. Que COLPENSIONES no es sostenible indefinidamente, necesita de cotizaciones efectivas y de recursos extras destinados por el Gobierno Nacional, por lo que se busca es la sostenibilidad financiera del sistema. Y que en caso de la sentencia ser desfavorable, solicita el reintegro de la totalidad de la cotización, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, todo de manera indexada.

✓ PORVENIR S.A:

Indicó en sus alegatos que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza. Que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información, y le entregó información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo formulario de afiliación. Que la parte actora contó con varias oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo. Que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre ambos regímenes. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de presa informando cambios normativos. Que los documentos que acrediten la entrega de información no era una obligación vigente para el momento del traslado del actor. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014, y por ende tales obligaciones no existían para la época de afiliación y estas no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que se avizora un incumplimiento de la parte actora del deber de diligencia y cuidado en sus

propios negocios. Que las condiciones del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa. Que la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante debe ser revocada. Que, si se deja en firma dicha decisión, solicita no se condene a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos y tampoco indexación de los valores ordenados a trasladar. Que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentra en el patrimonio de PORVENIR S.A. Y que respecto de las costas se debe tener en cuenta que PORVENIR S.A. siempre obró de buena fe y de manera objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales para la época en que se dio el traslado.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación del señor LUIS EDUARDO VÁSQUEZ POSADA 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; *iv)* y la condena en costas impuestas a PORVENIR 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, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado del demandante, en su interrogatorio expuso que, en el año 1999, cuando trabajaba en la Rama, el juez llamó a sus trabajadores de forma individual para recibir una charla de una asesora de PORVENIR S.A., llamándole la atención

de lo dicho en la asesoría, que se podría pensionar anticipadamente con una mesada más alta y que podían dejar el dinero a sus familiares. Que la asesoría duro aproximadamente media hora. Que no conoció la posibilidad de realizar aportes voluntarios. Que no se le mencionó en la asesoría sobre los rendimientos financieros. Que era consciente que se estaba trasladando de fondo, ya que pensaba que era lo mejor. Que a pesar de ser un profesional en derecho no conoce sobre el sistema general de pensiones. Que se trasladó a COLFONDOS S.A., en el año 2002, ya que llegaron asesoras a su lugar de trabajo, en donde su empleador les manifestó que esta estaba pagando mejor rentabilidad. Que en 2005 retorna a PORVENIR S.A., ya que cambiaba la rentabilidad y su empleador les manifiesta que este fondo es mejor. Que no realizó ningún tipo de preguntas. Que no se le explicó lo que es un bono pensional. Y que su deseo de volver al RPM, es debido a que su pensión sería mejor.

Ahora, sobre 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.

Con respecto a lo anterior, debe decirse 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 PORVENIR S.A., anexó los formularios de afiliación de folios 67, 68, 69 y 70 de la contestación de la demanda, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que, dichos 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 firmara 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”, y ostenta la profesión de abogado en el área civil, no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir nuevamente, 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 respecta con el traslado de régimen cuando a un 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 28 de abril de 1999, 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.”*

Debe señalar esta corporación, que el demandante 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 señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada a PORVENIR S.A.

en el año 1999, y no con los traslados 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 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:

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, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, 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 la apelación 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 ha 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.

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.

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.

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.

Conforme a lo anterior, al ser revisado el proceso en grado jurisdiccional de consulta, y en armonía con la sostenibilidad financiera del sistema, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, además de lo ordenado por el juez, deberán devolver la **prima de reaseguro de Fogafín**, que, junto con *las cuotas de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes*, ya ordenados, deberán ser debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos; aclarando que, para **COLFONDOS S.A.**, solo deberá trasladar este concepto, durante el tiempo en que el actor permaneció allí, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶ En 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.

⁷ Respecto 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.

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto las recientes providencias de la Corte Suprema de Justicia como lo son las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá **ADICIONAR** las condenas proferidas a los fondos privados, para **ORDENARLES** que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 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.

En lo que tiene que ver con la apelación interpuesta por PORVENIR S.A., en el sentido de no ser condenado en costas, ha de indicarse que al ser una condena objetiva que se le impone a la parte vencida en el proceso, no es

potestativo del operador jurídico imponerlas, ni obedece a un mero capricho; y dado que este fondo fue al que se trasladó el actor originando la ineficacia por la falta del deber de información, conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso, debe tratarse como una parte vencida, y en ese sentido hay lugar a la imposición de costas a su cargo, debiéndose **CONFIRMAR** la sentencia en este aspecto.

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

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.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PORVENIR S.A., por no salir adelante su recurso de apelación. 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 **COLFONDOS S.A.** y a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por el juez, la **prima de reaseguro de Fogafín**, que, junto con las *cuotas de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes*, ya ordenados, deberán ser debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos; aclarando que

COLFONDOS S.A. solo deberá trasladar este concepto ***por el lapso en que permaneció allí***, tal y como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación del demandante, estos conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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 Eduardo Vásquez Posada
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-009-2020-00296
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