



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Horacio Enrique Fernández Jaramillo
DEMANDADO	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-023-2019-00770
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 ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 060** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **HORACIO ENRIQUE FERNÁNDEZ JARAMILLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, con radicado **05-001-31-05-023-2019-00770**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al RAIS, debiéndose tener como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación a COLPENSIONES, toda vez que no existió una asesoría inicial, ni reasesoría, y, por ende, COLPENSIONES tiene que reconocer la pensión de vejez, si a la fecha de proferir la sentencia acredita los requisitos de ley.

Como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes, incluido rendimientos sin ningún descuento por cuota de administración, debiendo COLPENSIONES

reactivar la afiliación al RPM y recibir los aportes trasladados por PORVENIR S.A. Así mismo, se condene a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez al demandante si a la fecha de proferir la sentencia acredita los requisitos de edad y semanas, junto con los intereses de mora, o en subsidio se condene a la indexación. Y que se condene a las demandadas a las costas procesales.

• **HECHOS:**

Como sustentó de sus pretensiones manifestó que nació el 7 de mayo de 1960. Que se afilió al ISS e hizo aportes entre el 14 de noviembre de 1980 hasta el 30 de agosto de 1995, para un total de 648 semanas. Que se trasladó a PORVENIR S.A desde septiembre de 1995 hasta octubre de 1995; a COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN S.A en noviembre de 1999 hasta septiembre de 2011, y regresó a PORVENIR S.A en enero de 2010 hasta la fecha. Que mediante reclamación ante PORVENIR S.A el 23 de abril de 2019 solicitó formulario de afiliación inicial, como respuesta solo se le adjuntó el formulario con fecha del 1° de agosto de 2001, sin aportar el formulario del año 1995. Que el demandante ha cotizado un total de 1.175 semanas en el RAIS y en toda su vida laboral un total de 1.823 semanas cotizadas. Que las AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A no le brindaron mayor información adicional, como edad mínima y saldo a acreditar en su cuenta, ni a qué edad se le redimía el bono pensional, ni la diferencia entre la pensión en el RAIS y el RPM. Que PORVENIR S.A no brindó reasesoría antes de cumplir 52 años. Que PORVENIR S.A le realizó una proyección el 6 de noviembre de 2018, cuando contaba con 55 años, en donde se le indicó que su mesada sería una garantía de pensión mínima. Que el 31 de octubre de 2018, PORVENIR S.A manifestó que no es procedente declara la nulidad de la afiliación. Que PORVENIR S.A., el 6 de noviembre de 2018 manifestó que las asesorías de traslado se hicieron de manera vertical y no cuenta con soportes y frente a la reasesoría y que no estaba obligada a hacerlo. Que PROTECCIÓN S.A el 31 de octubre de 2018, indicó que como se realizó el traslado dentro del mismo RAIS no tenía la obligación de realizar comparativos con el RPM y que no cuenta con los requisitos para trasladarse al RPM. Que el 25 de octubre de 2018 se elevó solicitud de tener como ineficaz y nula el traslado al RAIS, como consecuencia se aceptara el traslado al RPM y reconocer la pensión de vejez. Que el día 25 de octubre de 2018 se le dio respuesta negativa. Y que si se hace los cálculos en el RPM tendría una pensión de \$2'485.316.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Frente a los hechos manifestó que es cierto la fecha de nacimiento del actor. Que los hechos que van dirigidos contra otras entidades no le constan. Que es cierto que estuvo afiliado al ISS. Y que es cierta la solicitud de traslado elevada la cual fue negada. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

- ✓ **PROTECCIÓN S.A.:**

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que es cierta la fecha de nacimiento del actor. Que no le consta la afiliación al ISS. Que es cierto que se afilió a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A el 14 de octubre de 1999. Que no le consta ningún hecho referido ante otra AFP del RAIS en la que la entidad no tenga ninguna injerencia. Que no es cierto que al momento de la afiliación a la entidad no se le haya brindado información adicional ni explicado todos los pormenores que implica el traslado. Que no es cierto que mediante comunicado del 31 de octubre de 2018 se le haya indicado que la entidad no tenía la obligación de realizar comparativos, toda vez que el traslado era dentro del mismo régimen. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

- ✓ **PORVENIR S.A.:**

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la fecha de nacimiento del demandante por tratarse de un hecho personalísimo. Que no le consta la afiliación al ISS ni cotizaciones como quiera se trata de una afiliación y presuntos aportes efectuados ante una administradora ajena. Que no es cierto que la afiliación al RAIS no se hay hecho de manera libre y voluntaria, puesto que recibió asesoría por parte de los asesores de la entidad, donde se le brindó información clara, suficiente y veraz, cumpliendo con las obligaciones vigentes a la fecha. Que no es cierto como se presenta en la demanda que se haya realizado reclamación a la entidad el 23 de abril de 2019 solicitando los formularios, y que solo se le haya enviado formulario de 2001,

por lo que se atiene a los documentos remitidos en el expediente. Que no es cierto como se presenta en la demanda, en lo relativo a las semanas cotizadas en el RAIS y el total en su vida laboral, ateniéndose a lo contenido en la historia laboral. Que no es cierto que no se le haya brindado información, ya que ha dado una continua asesoría en relación a las condiciones del régimen, así mismo contó con la totalidad de canales de información, teléfonos y demás para solicitar información. Y que, en relación a la proyección realizada al demandante, el comunicado del 31 de octubre de 2018 y oficio del 6 de noviembre de 2018, no es cierto como se presenta, puesto que constituye una referencia parcial a documentos emitidos por la entidad, por tanto, se atiene a lo expresado en el documento en su totalidad. Se opuso a todas las pretensiones y presentó excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 13 de septiembre de 2022, el Juzgado Vigesimaltercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante realizada al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A

Como argumento de su decisión, expuso que las administradoras tienen como presupuesto un proceso de asesoría acompañamiento y un cumplimiento de buen consejo, lo cual está relacionado con la validez del acto jurídico, ya que, de no brindarse esa asesoría y ese acompañamiento, el acto no nace a la vida jurídica y es ineficaz. Que el deber de información es ineludible, y por tal razón le corresponde al respectivo fondo acreditar un juicio que en cada caso en concreto se adelantó un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento al asegurado, incluso desde la etapa pre contractual. Y es que el fondo privado, quien se encuentra en mejor posición para aportar las evidencias por la cercanía del material probatorio, ya que la simple diligencia del formulario no denota un proceso completo de asesoría.

**CONDENÓ** a PORVENIR S.A., a trasladar dentro del término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade con desino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración, las primas previsionales, y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados estos tres últimos rublos.

**CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar dentro del término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a COLPENSIONES, las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

**ADVIRTÍÓ** a PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A que, al momento de cumplir la orden impartida, deberán emitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**ORDENÓ** a COLPENSIONES a que reciba las sumas que le sean giradas por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A las convierta a semanas efectivamente cotizadas por el demandante, lo tenga por afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad y, actualice su historia laboral.

**DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A y absolvió a COLPENSIONES de las mismas.

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

Interpuso recurso de apelación, manifestando que no existen razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia de traslado; pues este traslado se realizó de manera libre y espontánea. Que la entidad cumplió con su deber de información como se estipulaba para la época, dando la información necesaria que además se encontraba dentro del mismo formulario. Que es de destacar que el demandante contó con diversas oportunidades de trasladarse nuevamente el RPM y no lo hizo, sino que se sometió a realizar traslados dentro del mismo RAIS a administradoras diferentes, así demostrado su interés en estar afiliado al RAIS. Por otro lado, que es evidente que lo que motiva al demandante no es la forma como se dio el traslado sino en que no

se cumple su expectativa pensional, monto que para la época no estaba dentro de las obligaciones de la AFP mencionar, además que para determinar un monto se deben tener en cuenta diversos factores con los que no se contaba en ese momento. Que el traslado no debe radicar en cuanto será el monto de la mesada sino como será la administración de los recursos., así que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia que acredite la información que se brindó, no era una obligación para la época, esta obligación se dio con posterioridad a la afiliación del demandante, por lo que no es cierto que PORVENIR S.A se encuentre en una mejor posición probatoria. Que en razón de las obligaciones del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación estas surgen de manera posterior en el año 2010 y 2014, y la Corte Suprema se ha pronuncia en diversas ocasiones sobre estos conceptos como en la sentencia SL 1689 de 2019 y SL 3474 2019, no existían para el año de afiliación que fue en 1995. Que se avizora en el presente caso que el demandante no cumplió con su deber de diligencia, sino hasta que ya se encontraba próximo a pensionarse y se encontraba dentro de la prohibición de traslado. Que, si se deja en firme la sentencia de primera instancia, solicita no se condene a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ya que dichos rublos no se encuentran dentro de las arcas de la entidad debido a que se usaron conforme lo señala la ley, para la administración, generando unos rendimientos que se ven reflejados en la cuenta de demandante, y seguido a esto, se condena a la entidad a devolver los anteriores rublos de manera indexada junto con los saldos y rendimientos, lo cual es una condena doble, ya que si aplicamos el principio de las restituciones mutuas estos rendimientos nunca debieron haber existido.

Así mismo, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Una vez transcurrido el término de traslado, Colpensiones en sus alegatos, señaló en síntesis que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que se demostró que el demandante quien pretende valerse de

negociaciones indefinidas, es quien debe demostrarse en situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad para poder probar la insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en algún modo se logra satisfacer, únicamente en el interrogatorio de parte, sin embargo, no se logra el desestimar las pretensiones. Que es el juez quien debe salvaguardar el derecho a la prueba, y a quien le corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar sus pretensiones. Que, en el presente caso, el demandante tenía que probar que hubo un incumpliendo del deber legal de las AFP, para que así la carga de la prueba se pudiera desplazar, aspecto que no ocurrió, por lo que se debe aplicar las normas que regulan la carga estática de la prueba. Que es deber del juzgado establecer los alcances del deber ser de información, para definir si en el caso en concreto, se debe establecer un estándar probatorio. Que la Corte Suprema de Justicia, petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, convirtiéndola en una prueba tasada, y el valor probatorio se lo debe dar el juzgador. Que teniendo de presente sentencias como las C-1024/2004, SL1424-2019 y SL 3537-2021, se deben tener en cuenta las características particulares de cada caso y no se deben desconocer principios fundamentales como la autonomía de la voluntad y libre escogencia de régimen. Que hay que tener en cuenta lo que se comprendía o entendía como deber de información para la época cuando se efectuó el traslado, por lo que solo se debía poner en conocimiento del afiliado, el reglamento del fondo, una explicación de fácil comprensión. Y que se deben realizar la devolución de aportes de forma integral, sin descuento alguno.

✓ DEMANDANTE:

Presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en que la AFP privada al momento de efectuar el traslado inicial, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía realizar ese traslado. Que no se puede decir que se dio un traslado de forma libre y voluntaria, toda vez que no se cumplió con el deber de información por parte de las administradoras. Que han sido retiradas las sentencias del órgano de cierre de jurisdicción laboral en enfatizar que el deber de información a cargo de las AFP privadas aplica para cualquier

futuro afiliado, independiente de que sea o no beneficiario del régimen de transición, así mismo ha indicado que la sola firma no basta para predicar el consentimiento de una persona, sino que debe entrar a demostrar dentro del proceso que se cumplió con todos los requisitos, y se le brindó información completa. Y que teniendo en cuenta las normas aplicables al caso, la jurisprudencia y el material probatorio, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

✓ PORVENIR S.A:

Presentó sus alegatos de conclusión de conformidad con el recurso de apelación, no obstante, en sus alegatos adiciona que la devolución de las sumas de dinero ordenadas por el juez de primera instancia, atenta contra la lógica jurídica de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, y que si lo anterior fuera poco, la inversión de dichos gastos no se realizó de manera antojadiza sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993. Y expresó que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y en relación a la condena en costas, manifestó que COLPENSIONES siempre obró de buena fe, de conformidad a la reglamentación vigente para la época del traslado del actor del RPM al RAIS, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de la mala fe.

### 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 HORACIO ENRIQUE FERNÁNDEZ JARAMILLO 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.



***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 el interrogatorio de parte se desprende que cuando estaba descansando en su casa, se acercó un asesor de PORVENIR S.A., el cual le ofreció cambiarse a PORVENIR S.A., ya que el ISS se iba a acabar y que en la AFP tendría más beneficios como lo era pensionarse a los 50 años. Que nunca se le realizó una llamada, o le llegó un correo y menos tuvo una asesoría. Que no se le habló de los rendimientos financieros, ni que sus aportes podrían ser heredados, ni que tendría una cuenta de ahorro individual. Que el formulario que firmó en el año 1995, se encuentran 3 personas como sus beneficiarias, pero que no se le explicó para qué era eso, que solo le pidieron el nombre de las hijas y la esposa. Que él no diligencio el formulario, sino que fue el asesor. Que él siempre estuvo afiliado a PORVENIR S.A y que nunca suscribió formulario de afiliación para trasladarse a COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN S.A. Que no ha suscrito formulario para regresar a PORVENIR S.A en el año 2001, que desde la primera asesoría con PORVENIR S.A no volvió tener contacto con ellos, porque nunca se le envió más información y menos tuvo un reasesoría. Que nunca ha solicitado una proyección a PORVENIR S.A. Que no conoce el monto de la mesada que tendría en COLPENSIONES. Que no ha realizado queja alguna ante PORVENIR S.A por la precaria asesoría que tuvo. Que no conoce que en las AFP para poder adquirir la pensión necesita de un monto mínimo de capital ahorrado. Y que se quiere trasladar a COLPENSIONES gracias a la asesoría que le dio su abogada, por lo que sigue trabajando y no ha recibido ningún bono pensional.

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, las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A. ni PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que las entidades administradoras anexaron los documentos visibles de folios 5 y 6 del PDF 29 y 9 del PDF 22, respectivamente, esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por el demandante, que 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 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”, no implica que conociera las consecuencias que conlleva 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.

Se repite 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 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 septiembre de 1995, 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, tendrá 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 1995, 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 que recibió al demandante, 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:***

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 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 RPM<sup>1</sup>.

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 comprador<sup>2</sup>.
3. Los **gastos de administración**<sup>3</sup>, 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 beneficios<sup>4</sup>, (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 pensiones<sup>5</sup>.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup>Se 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.

<sup>2</sup>Se 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Sentencia SL-4360-2019.

<sup>5</sup> Sentencia SL-2877-2020.

<sup>6</sup>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.

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 2016<sup>7</sup>.

Por lo anterior, teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema y que la presente decisión está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta, **PORVENIR S.A.** además de lo ya ordenado por el juez, deberá devolver las primas **de seguros del Fogafín**, debidamente indexada, con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este sentido **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia.

Así mismo, **PROTECCIÓN S.A.**, además de lo ya ordenado por el juez, deberá también devolver las **primas de seguros Fogafín**, debidamente indexados, **con cargo a sus propios recursos**, por el tiempo en que el demandante permaneció allí, debiéndose en este sentido **ADICIONAR** la sentencia.

Por otro lado, debe señalarse que la **indexación** ordenada por el juez es procedente, ya que este concepto es totalmente disímil a la figura de los rendimientos financieros generados por un fondo privado, los cuales se da como resultado de las inversiones realizadas por el fondo en un período establecido que, sin lugar a dudas también pueden generar una desvalorización en su rentabilidad de acuerdo a la situación económica del país o a nivel internacional, pudiéndose ver afectado el capital de las cuentas individuales, por lo tanto, al tener derecho al traslado, éstos conceptos deberán ser actualizado al momento del pago, 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, sin que esta orden este vulnerando el principio de la consonancia debido a la revisión en consulta en favor de Colpensiones.

---

<sup>7</sup>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.

**iii. Excepción de prescripción de la acción.**

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 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 consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera insoluble 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.

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 de la primera instancia como lo dijo el juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. al no salir avante 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 del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A**

**SEGUNDO:** Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver a **COLPENSIONES**, y se le ordena a PORVENIR S.A. y A PROTECCIÓN además de lo ya ordenado por el juez, trasladar las **primas de seguros Fogafín**, debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos, aclarando que **PROTECCIÓN S.A.** deberá trasladar este concepto tan solo por el lapso de tiempo en que el actor permaneció allí, tal y como se dijo en la parte motiva.

**TERCERO:** Costas procesales y agencias en derecho, como se dijo 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:

<b>PROCESO</b>	Ordinario
<b>DEMANDANTE</b>	Horacio Enrique Fernández Jaramillo
<b>DEMANDADO</b>	Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A.
<b>RADICADO</b>	05-001-31-05- <b>023-2019-00770</b>
<b>DECISIÓN</b>	Adiciona y confirma sentencia
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	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