



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)**

Demandante:	JORGE MARIO ACERO GARCÉS
Demandados:	ACP COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado:	05001 31 05 001 2022 00053 01
Sentencia:	S-045

### **AUTO**

En atención a la escritura pública 1246 del 24 de julio de 2023 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la UNIÓN TEMPORAL FUERZA LEGAL TÉCNICA, se le reconoce personería como apoderada judicial a la Dra. ALEJANDRA HERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, T.P. 233.946 del C. S. de la Judicatura. Y se accede a la sustitución de poder presentada por la referida apoderada, a favor de la Dra. ANA MARÍA VÉLEZ RESTREPO portadora de la T.P. N° 105.294 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que la apoderada principal.

Asimismo, con base en la escritura pública 5034 del 28 de septiembre de 2023, allegada al expediente, en la que se otorga poder especial para representar a COLFONDOS S.A. a la sociedad GÓMEZ MEZA Y ASOCIADOS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dr. JUAN FELIPE CRISTOBAL GÓMEZ ANGARITA, T.P. 223.559 del C. S. de la Judicatura., y al mismo tiempo se accede a la sustitución poder presentada por el referido apoderado, a favor de la Dra. MARIA CAMILA CASTILLO PUENTES portadora de la T.P. N° 330.044 del C. S. de la

Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que el apoderado principal.

### **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los **recursos de apelación** interpuestos por los apoderados del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, y en el grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de COLPENSIONES, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 12 de diciembre de 2023.

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

### **PRETENSIONES**

JORGE MARIO ACERO GARCÉS demandó a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A, pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual – RAIS.

En consecuencia, solicita se ORDENE: i) a PORVENIR S.A a trasladar la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, frutos e intereses, así como las cuotas de administración; ii) a COLFONDOS S.A. a retornar las cuotas de administración al Régimen de Prima Media – RPM; iii) a COLPENSIONES a activar la afiliación en el RPM y recibir las sumas trasladadas por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.; y iv) que se condene a las demandadas a las costas del proceso.

## LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones que nació 13 de abril de 1967 y cuenta con un total de 1.817 semanas cotizadas; que en el año 1999 cuando se encontraba laborando en el municipio de Itagüí, llegaron algunas asesoras de HORIZONTE - hoy PORVENIR - indicándole que con este fondo se pensionaría con un valor más alto que en el ISS, sumado a que este Instituto sería liquidado. Afirma que en el año 2002, por medio de la Secretaria de Servicios Administrativos del municipio de Itagüí, llegaron asesores de COLFONDOS S.A. afirmando que tenían su formulario de afiliación diligenciado, por lo que solo procedió a firmarlo. Que en el año 2007 se trasladó a HORIZONTE debido a que fue visitado por un asesor de la entidad, indicándole que contaría con asesoría permanente. Añade que no se le explicaron en ningún momento las características, funcionamiento, ventajas, o desventajas de este régimen o del RPM; que ni COLFONDOS S.A. ni PORVENIR S.A. le brindaron una información adecuada de ambos regímenes al momento del traslado. Indica que en el momento del diligenciamiento del formulario suscrito con HORIZONTE en el año de 1999 tenía como beneficiarios a sus hijos JORGE ESTEBAN ACERO CARMONA, ISABEL CRISTINA y ASTRID CAROLINA ACERO RAMIREZ, pero que en dicho documento no se dejó constancia de ello. Que en el 2009 solicitó el retorno al ISS, traslado que en su momento fue aceptado por la entidad, por lo que su empleador continuó efectuando sus aportes en esta administradora.

Aduce que el 27 de mayo de 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, la cual fue negada mediante resolución SUB 227994 de septiembre 16 de 2021, indicándole que se encontraba afiliado válidamente en el RAIS; que elevó nuevo requerimiento a COLPENSIONES, con respuesta del 16 de septiembre de 2021, manifestándole que aún se encuentra a cargo de PORVENIR S.A., y que se procedería a priorizar la solicitud en razón a que el actor se encuentra con ingreso anulado por haberse generado un traslado no

válido debido a su edad. Sostiene que le solicitó a PORVENIR S.A. le remitiera el formulario de vinculación, el estudio previo que se le efectuó y que proyectara la mesada pensional, solicitud resuelta el 9 de diciembre de 2021 indicándole que la información brindada por el asesor es verbal y que no era procedente realizar la proyección pensional porque el estado ante el fondo era no vigente. Que solicitó a COLFONDOS S.A. remisión del formulario de vinculación, el estudio previo que se le realizó al momento del traslado, y en comunicación de 24 de noviembre de 2021 se le dijo que la información al momento del traslado se suministraba de forma verbal, por lo que no contaban con el soporte físico.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar, **COLPENSIONES** admite como cierta la fecha en la que se atendió la solicitud presentada ante la entidad; niega la fecha de nacimiento del demandante y tampoco es cierto que el día 27 de mayo de 2021 el actor solicitara el reconocimiento y pago de la prestación, aclarando que es cierto que el 25 de mayo de 2021, por parte de la Secretaria de Despacho y Servicios Administrativos de la Alcaldía de Itagüí solicitaron la prestación a nombre del demandante; frente a los demás hechos, manifiesta que no son hechos, o simplemente que no le constan por ser ajenos a la entidad. Se opone a las pretensiones. Propone como excepciones de mérito improcedencia de declarar ineficaz la afiliación al RAIS, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios e indexación de condenas, inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, inexistencia de ineficacia del traslado, imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba, indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el RPM, desconocimiento precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de las

administradoras privadas, devolución de los aportes debidamente discriminados, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, imposibilidad de condena en costas, buena fe, compensación, devolución de la totalidad de los recursos cotizados y prescripción.

**PORVENIR S.A.** en su contestación, manifiesta que el traslado desde el RPM al RAIS fue realizado en 1999, que al momento del traslado se le informaran las condiciones para el reconocimiento del derecho a la pensión en el RAIS y las diferencias con el RPM, que el traslado horizontal que realizó en el 2007 de forma libre y voluntaria después de recibir información clara, precisa y veraz de acuerdo a la Ley 100 de 1993, que el actor suscribió el formulario de vinculación con el fondo de forma personal, por lo que debía informar si deseaba inscribir a sus hijos como beneficiarios, y respecto de la respuesta a la solicitud presentada por el actor a la AFP, manifiesta que se atiene al contenido literal. Frente a los demás hechos, indica que no le constan. Se opone a las pretensiones en razón a que la demandante recibió la información transparente y necesaria al momento de realizar el traslado, resaltando que la firma del formulario es un documento público que se presume autentico. Propuso como excepciones de mérito prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y restituciones mutuas.

**COLFONDOS S.A.** en su contestación indica que es cierta la fecha de nacimiento del actor, los traslados horizontales en el RAIS y la respuesta brindada por esa entidad del 24 de noviembre de 2021; que no es cierta la afirmación hecha sobre el diligenciamiento del formulario, como tampoco lo manifestado en la demanda sobre que no se le suministró la información suficiente al momento del traslado en razón a que la información brindada fue completa y veraz, cumpliendo así con una asesoría integral; frente a los demás hechos indica que no le constan por ser ajenos al fondo. Se opone a las pretensiones en razón a que al momento de la afiliación con este fondo se le brindó una

asesoría integral y completa sobre las implicaciones del traslado. Propone como excepciones de mérito inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 12 de diciembre de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, i) **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual el 9 de septiembre de 1999 con HORIZONTE - hoy PORVENIR S.A. - quedando ineficaz también los demás traslados a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A; ii) **ORDENÓ** a COLPENSIONES tener válidamente afiliado al actor al RPM, y homologar las semanas cotizadas en el RAIS; iii) **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, los cuales deben ser debidamente indexados y discriminados; iv) **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A. trasladar los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, indexados y discriminados; v) y **CONDENÓ** en costas a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del **DEMANDANTE** interpone de recurso apelación a fin de que se tenga en cuenta que el actor conserva el régimen de transición que lo abrigaba antes del traslado, en razón a que el efecto jurídico de la ineficacia es devolver las cosas a su estado original. Señala que para el año de 1999, antes del traslado de régimen, era beneficiario del régimen de transición pues

nació el 13 de abril de 1955, y a julio de 1995 que entró a regir la Ley 100 de 1993, debido a que era un empleado público del orden territorial, por lo cual dicha calidad no se perdió por la vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, y que es probable que tenga derecho a la pensión de acuerdo con la Ley 33 de 1985, la cual exige como requisitos contar con 55 años y 20 años de servicio, los que cumplió en el año 2010. Señala que la juez indicó que el tema respecto del régimen de transición no fue tratado a lo largo del proceso, pero para esta parte no pueden existir palabras “específicas” para ejercitar los derechos, en especial cuando los mismos conllevan derechos fundamentales como lo es la seguridad social, y además, en la las pretensiones incoadas en la demanda, se solicitó de forma clara que se le ordenara a COLPENSIONES activar la afiliación, lo cual fue ordenado por la Juez, esto con las implicaciones legales que conlleva, y a recibir las sumas trasladadas por PORVENIR S.A. Por tanto, solicita se revoque parcialmente la sentencia para que se ordene de manera expresa que el actor retorne al RPM conservando el Régimen de transición.

**PORVENIR S.A.** en su apelación señala que el demandante al momento del traslado de régimen era una persona capaz, por lo que podía tomar una decisión libre, voluntaria e informada, razón por la cual el traslado debe entenderse válido; explica que en el año 2004 las AFP por medio de un comunicado de prensa, informaron la posibilidad de retornar al RPM y pese a ello el demandante no lo hizo sino hasta que se encontraba inmerso en la prohibición de los 10 años Sostiene que la Ley 100 de 1993 en su artículo 103 prescribe los valores que se deben trasladar con el cambio de régimen, manifestando que el traslado de sumas diferentes a las contenidas en este artículo generarían un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, resaltando que esta orden es reiterada por la Superfinanciera, y que los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos generados, sin que procedan valores adicionales como las primas de seguros, en razón a que la compañía mantuvo la cobertura de la póliza durante el tiempo de afiliación. Respecto de la indexación, lo que pretende es la

actualización de la moneda para contrarrestar la pérdida del valor de la misma por el fenómeno de la inflación, lo cual, en el caso concreto, no ha sucedido pues los rendimientos generados han suplido la inflación.

**COLFONDOS S.A.** pide se revoque la sentencia de primera instancia, ya que las administradoras del RAIS, al momento de la afiliación del actor, tenían el deber solo de proporcionar un formulario de afiliación, de acuerdo al art. 11 del Decreto 692 de 1994, y solo fue hasta el 2014 con la Ley 1748 y el Decreto del Consumidor Financiero 2071 de 2015, que se configuró el deber de información directo; que para la fecha de afiliación del demandante, las administradoras acataban lo que se ordenaba en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 692 de 1994, por lo que se entiende que se brindó la información debida por parte del fondo. Que no se puede ordenar retornar los gastos de administración, debido a que estos se causan y descuentan por disposición legal, no por capricho de las administradoras; respecto a la condena de devolver los gastos de administración y seguros previsionales dice que los artículos 100 y 101 de la Ley 100/93, obligan a las administradoras privadas a ejercer sus funciones en debida forma, estableciendo un mínimo de rentabilidad que deben garantizar cada año, de acuerdo al tope que el gobierno fije, por lo que al no generar estos rendimientos, corresponde a la administradora devolver con su mismo peculio los montos a garantizar, por lo que no considera viable ordenar el traslado de estos valores; pone de presente la figura de las restituciones mutuas, enfocándose en que las consecuencias del contrato se retornen al estado anterior a su celebración, sin embargo, esto no se da en el caso concreto, pues se ordena a las administradoras a devolver el valor de los aportes, rendimientos, porcentajes destinados a la garantía mínima y la totalidad de conceptos que se descuentan de los gastos de administración. Respecto de la indexación, hay sentencias del Tribunal en donde no se ordena este concepto, ya que los rendimientos financieros ordenados compensan la pérdida de valor de la moneda; y solicita que no se condene en esta instancia a las costas.



Se conoce igualmente del asunto por **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término legalmente concedido, la parte **DEMANDANTE** solicita que se confirme la sentencia de primera instancia en razón a que no se probó por parte de las administradoras de pensiones que brindara información para dejar indemne el consentimiento informado y pone de presente que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 prescribe que cualquier persona, natural o jurídica que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección del régimen, conlleva la ineficacia del mismo, pues al indicar la expresión “en ningún caso” sugiere que, al acreditarse cualquier vulneración a los bienes del trabajador, se activa esa protección especial y reforzada como mecanismo de protección.

**COLPENSIONES** señala que el mecanismo protector de la inoponibilidad entendida como la ineficacia de un acto, resulta inoponible frente a terceros de buena fe como en el caso puntual la entidad, consolidados por los tiempos en que los afiliados permanecieron en el RAIS, por lo que se mantendrían los efectos de la afiliación al RAIS frente a COLPENSIONES; señala que al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se crea en forma injustificada y desproporcionada una obligación en cabeza de COLPENSIONES, considerando que de acuerdo al criterio de necesidad, existen medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, por lo que el que debe hacerse cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la ineficacia sea la AFP, pues si esto no es así, genera un impacto lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que considera que por parte de los jueces debe ponderarse los bienes jurídicos en tensión consistente en que sea el fondo quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen del RAIS, sean de acuerdo a un cálculo actuarial que determine que con ellos se cubren

en integridad la prestación; y que se debe tener presente que se tiene una situación jurídica consolidada, por lo que no puede declarar la nulidad o ineficacia del traslado; y que en caso de que se acceda a las pretensiones, se trasladen todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, como cuotas de administración, rendimientos, utilidades, entre otros.

**COLFONDOS** señala que no se alegó y menos probó lo contemplado en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o relativa del acto jurídico de traslado, lo cual hace que este acto sea plenamente válido; que el formulario de afiliación suscrito por el actor, es un documento público que se presume auténtico; que este fondo aportó los soportes correspondientes de acuerdo a las normas existentes para el momento de la celebración del acto jurídico, pues no se puede imponer cargas probatorias distintas a las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos; señala que el demandante no es beneficiario de esta prerrogativa de acuerdo al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que no es posible aplicar una normatividad anterior a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social, y adicionalmente manifiesta que el actor no tiene derecho a pensionarse bajo el régimen de transición puesto que no contaba con 15 o más años de servicios al 1º de abril de 1994 o 750 semanas cotizadas; se opone a la devolución de las sumas ordenadas a trasladar como los rendimientos, cuotas de administración y primas de seguros, y frente a la indexación, considera que es una doble sanción.

Y, por último, **PORVENIR S.A.** indica que no se alegó ni probó lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil, lo cual genera que este goce de plena validez, pues no se demostraron en el proceso ni se alegaron los elementos contenidos en este artículo; que el fondo siempre garantizó a la parte demandante la posibilidad de retornar al RPM, disponiendo de los canales de comunicación para remitirle al demandante información sobre la Ley 100 de 1993 sobre el

funcionamiento, características y requisitos del RAIS; que el demandante sí recibió información necesaria y suficiente, la cual considera que este hecho se probó en el transcurso del proceso aportando los documentos requeridos en la época, los cuales permitieron constatar el deber de información cumplido; que no es viable imponerle a las AFP cargas probatorias distintas a las que se exigían al momento de la ocurrencia de los hechos, pues de hacerlo se configura una violación al debido proceso y a la confianza legítima de esta parte; que, al no haberse discutido ni probado la mala fe de esta parte, no puede condenarse al fondo a restituir los rendimientos que se generaron, ni las primas de seguros por haber sido entregadas a las compañías de seguros; que no procede la indexación de las sumas ordenadas a trasladar, pues se está imponiendo una doble condena; que al no probarse la mala fe por parte del fondo, se debería trasladar a COLPENSIONES solo los rendimientos equivalentes en el ISS; y que se debería autorizar a descontar los valores por concepto de restituciones mutuas.

### **CONSIDERACIONES:**

Se procede a desatar los recursos de apelación interpuestos por la parte DEMANDANTE, la AFP PORVENIR y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes: **i)** el Sr. JORGE MARIO ACERO GARCÉS nació el 13 de abril de 1955<sup>1</sup>; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones desde el 19 de enero de 1978<sup>2</sup>; **iii)** el 9

---

<sup>1</sup> Folio 16 de la demanda

<sup>2</sup> Folio 58 de la contestación de Colpensiones.

de septiembre de 1999<sup>3</sup> suscribió formulario de afiliación ante HORIZONTE S.A.; **iv)** el 19 de julio de 2002<sup>4</sup> suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.; y **v)** que el 18 de mayo de 2007<sup>5</sup> se trasladó a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. entidad en la que se encuentra vinculado actualmente.

Ahora bien. La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de la consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993<sup>6</sup>, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> Folio 49 de la contestación de PORVENIR S.A.

<sup>4</sup> Folio 19 contestación COLFONDOS S.A.

<sup>5</sup> Folio 48 de la contestación de PORVENIR S.A.

<sup>6</sup> Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 *“ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero”*

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado”.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido

renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N° 31.989 de 2008:

*"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil,

según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y

- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas del afiliado, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquella pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente que se encontraba laborando en el municipio de Itagüí en el año de 1999, específicamente en la Secretaria de Control Interno, cuando unas asesoras de HORIZONTE le informaron que el ISS se iba a acabar y que este fondo era mejor, sumado a que no le informaron sobre el funcionamiento y características del régimen, como tampoco realizaron proyección sobre su mesada pensional. Frente a su traslado hacia COLFONDOS en el año 2002, afirma que su formulario de afiliación ya se encontraba diligenciado, y que por decisiones político-administrativas se afilió a COLFONDOS S.A.; y frente su afiliación nuevamente con HORIZONTES S.A. en el año 2007, manifiesta que tan solo le indicaron que en este fondo le iría mucho mejor.

De lo anterior no se deriva -entonces- que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas

pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle al afiliado al momento de hacer efectiva la prestación.

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

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

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



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

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

### **Conceptos a trasladar**

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

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

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato*

declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

(...)

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

De otro lado, es necesario tener en cuenta que, en la sentencia ya referida, la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer que la declaratoria de ineficacia de traslado cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el respectivo afiliado "... aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen...".

Dijo además en esa providencia, que:

"Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en

*el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."*

En consecuencia, la decisión deberá ser **CONFIRMADA** en cuanto se le ordenó a cada entidad que proceda con la devolución de los conceptos descontados por cuotas de administración, incluyendo las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, es decir, todas aquellas sumas de dinero recibidas durante el tiempo que el señor JORGE MARIO ACERO GARCÉS estuvo vinculado a cada entidad, no obstante, se deberá **ADICIONAR** la sentencia para que PORVENIR S.A. devuelva lo correspondiente a los rendimientos financieros de la cuenta individual, con todos sus frutos e intereses.

Se advierte igualmente que la orden a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las sumas de los seguros previsionales, deben incluir la respectiva ***indexación***, aclarando que solo es sobre estos conceptos, según lo ha indicado la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y según fue solicitado por COLPENSIONES con la contestación a la demanda, lo que además es procedente en tanto el proceso también se conoce en CONSULTA a favor de dicha entidad.

En ese aspecto, dicha Corporación ha ordenado tal indexación y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara en las sentencias SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en las que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, es que "... *todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones,*

*esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar."*

### **Sobre el régimen de transición solicitado por la parte actora**

Respecto a la inconformidad presentada por el apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación, en el sentido de que se DECLARE que el señor JORGE MARIO ACERO GARCÉS conserva el régimen de transición y que éste no se perdió con lo establecido en el Acto Legislativo 01 del 2005, manteniendo la probabilidad de reclamar el derecho a la pensión de vejez de acuerdo con la Ley 33 de 1985, la cual exige como requisitos contar con 55 años de edad y 20 años de servicio, los cuales cumplió en el año 2010, inicialmente debe recordar la Sala que lo que se busca con esta clase de procesos es volver todo al estado inicial antes del traslado de régimen pensional, y como consecuencia, se entiende que el actor nunca estuvo afiliado al RAIS; sin embargo, lo solicitado por el demandante en este punto desborda las pretensiones de la demanda, la fijación del litigio y el principio de consonancia, pues el tema así planteado, nunca fue debatido dentro del proceso, de modo que cualquier análisis al respecto en la segunda instancia, sería violatorio del debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de las demandadas, debiéndose por lo tanto, **CONFIRMAR** lo decidido por la juez.

En consecuencia, la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA** íntegramente.

Sin costas en esta instancia.

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

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

**CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 12 de diciembre de 2023, y se **ADICIONA** en el sentido de **ORDENAR** a que PORVENIR S.A. devuelva lo correspondiente a los rendimientos financieros de la cuenta individual con todos sus frutos e intereses.

Costas como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **f41997fb261a61f69d51796257a0e5af90a9b17371d0dd10d9a29a69f9f6e510**

Documento generado en 12/03/2024 11:48:18 AM

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