



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Hugo Armando Gallego Becerra
DEMANDADO	Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-013-2021-00152
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), 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 183** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **HUGO ARMANDO GALLEGO BECERRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA**, con radicado **05-001-31-05-013-2021-00152**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad absoluta de la afiliación a **PORVENIR S.A.**, al no estar precedido de información suficiente y documentada, al igual que la efectuada a **COLFONDOS S.A.** o por carecer de validez por existir vicios en el consentimiento, y, por ende, se tenga válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación efectuada al régimen de prima media.

Como consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, todos y cada uno de los aportes obligatorios con sus rendimientos, y sin ningún tipo de descuento por cuotas de administración,

seguros previsionales, descuentos por comisiones, entre otros, por el tiempo en que efectuó cotizaciones a dicho fondo; debiendo ser recibidos por COLPENSIONES para que sean cargados y corregidos en su historia laboral. Y se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS:**

Fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos, que nació el 25 de enero de 1958. Que se afilió al ISS el 2 de noviembre de 1990 y cotizó hasta el 31 de enero de 2001, reuniendo 433.57 en el RPM. Que se afilió a PORVENIR S.A. el 4 de febrero de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2004. Que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 27 de septiembre de 2004 y cotizó a este fondo hasta el 30 de junio de 2010, reuniendo 295 semanas. Que se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A. el 21 de mayo de 2010, y realiza cotizaciones a este fondo desde el 1° de julio de 2010 hasta la fecha. Que actualmente es activo cotizante y cuenta con 1.086 semanas. Que su afiliación a los fondos privados se dio debido a que le manifestaron que podía acceder a la pensión a cualquier edad y con una mayor mesada, omitiéndose informar las condiciones y características del cambio de régimen, así como las ventajas y desventajas del traslado. Que en los formularios no se diligenciaron los campos de los beneficiarios. Que solicitó el traslado a Colpensiones, el cual fue rechazado. Que solicitó a PORVENIR S.A. declarar ineficaz el traslado, el expediente administrativo y una proyección pensional, el cual fue contestado negando la solicitud de declarar ineficaz el traslado y realizó la proyección de la mesada pensional, la cual se encuentra por debajo del promedio cotizado. Y que solicitó a COLFONDOS S.A. declarar ineficaz el traslado, recibiendo una respuesta negativa a dicha solicitud.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento, la afiliación a este fondo y parcialmente cierto el aporte de semanas, ya que el actor solo cotizó desde el 2 de noviembre de 1990 al 31 de enero de 2002. Que no le consta las afiliaciones efectuadas con otros fondos, como lo son PORVENIR S.A. y COLFONDOS. Y que es cierta la

solicitud elevada a COLPENSIONES para su traslado, el cual fue rechazado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le constan los hechos que van dirigidos contra otras entidades. Que no es cierto como se expone la afiliación del demandante a este fondo, ya que esta se realizó de manera informada clara, suficiente y veraz, presentándose de manera verbal, donde se le brindó la información clara y suficiente acorde a la información suministrada por la parte actora y en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha. Que es cierto que este fondo es el actual administrador. Que para el 8 de mayo de 2021 el accionante cuenta con 117.2 semanas. Que no le consta como se dieron las demás vinculaciones a los otros fondos privados. Que al demandante si se le brindó la asesoría necesaria para su afiliación, y que para la época no existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes. Que no es cierto como plasma la información suministrada por el fondo al derecho de petición por el actor elevado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

✓ COLFONDOS S.A.:

Frente a los hechos manifestó que es cierta la fecha de nacimiento, conforme a la prueba anexada. Que no le consta los hechos que involucran el accionar de un tercero ajeno a la entidad. Que admite el traslado realizado a este fondo, hasta que se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A. Que el accionante en ejercicio de su derecho de libre elección de administradora fue el que decidió afiliarse a este fondo privado por vía de traslado de PORVENIR S.A. Que algunos hechos so apreciaciones subjetivas de la parte actora. Que no se admite que se haya omitido características de cambio de régimen pensional, toda vez que el demandante se trasladó del mismo régimen. Que la diligencia de los beneficiarios solo al actor le era imputable. Y se admite la petición elevada a la entidad como se desprende de las comunicaciones que se aportan con la demanda. Frente a las pretensiones expuso que se opone a las

que van dirigidas en su contra, respecto a las demás se abstiene de pronunciarse. Y planteó varias excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 3 de diciembre de 2021, el Juzgado Decimotercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Como argumento de su decisión expresó que el deber de información es una obligación atribuible a las entidades administradoras de fondos de pensiones del RAIS y un correlativo derecho a los afiliados que están inmersos en el sistema pensional, a su vez el cumplimiento del deber de información no se reduce a una explicación sucinta y generalizada de características de regímenes pensionales sino de exigencias mayores como el cumplimiento del deber del buen consejo, no existiendo claridad con los documento anexados por los fondos privados, de cuál fue la información brindada al demandante, teniendo estos la carga probatoria.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1° de abril de 2004 al 31 de octubre del mismo año y del 1° de julio de 2010, exclusivamente por la afiliación del actor, con los rendimientos que se hubieren causado incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, y en concordancia, **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1° de noviembre de 2004 hasta el 30 de junio de 2010, exclusivamente por la afiliación del actor y en concordancia, **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.

CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación del actor, al régimen de prima media con prestación definida.

DECLARÓ improbadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

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

- **APELACIÓN:**

- ✓ PORVENIR S.A.:

Presentó recurso de apelación señalando que la entidad accionada para el momento del traslado cumplió con el deber de información para la época del traslado del demandante. Que del interrogatorio de parte se observa que el demandante fue indiferente y no fue diligente y cuidadoso con el acto jurídico que estaba celebrando, y no brindó respuestas claras para vislumbrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus traslados, resaltó que lo que se persigue es la diferencia económica de lo que puede recibir en uno y otro régimen, lo cual no puede ser la basa para sustentar la declaratoria de la ineficacia de traslado. Y que, de confirmarse la sentencia, no se debe condenar en la devolución de gastos y/o cuotas de administración y seguros previsionales, ya que estos son autorizados por ley, y sirven para proteger al demandante de los riesgos de invalidez y muerte, prestándose ya esta cobertura, y además de devolverse estos concepto a cargo de su propio patrimonio, generaría un desequilibrio en el contrato celebrado con un tercero de buena fe.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

Presentó alegatos manifestando que se ratifica en la demandan y en los alegatos de primera instancia, y que por lo tanto se debe fallar conforme a la

postura que ha traído la Sala respecto a estos temas, debido a que las entidades administradoras de pensiones privadas no cumplieron el deber de información y consentimiento informado, teniendo en cuenta que el deber demostrar la eficacia del traslado es el fondo quien la alega como positiva y no la parte que se vio afectada por la carencia del buen deber del consejo por parte de la AFP a la que se trasladó inicialmente. Y que se debe seguir la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

✓ COLPENSIONES:

Una vez transcurrido el término para presentar alegatos, la apoderada manifestó que se ratifica en lo contestado a la demanda, ya que este fondo público no tuvo incidencia alguna, pues no participo del mismo; por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no lo pueden perseguir, ni mucho menos afectar, debiendo aceptar la tesis de la inoponibilidad frente al tercero de buena fe. Que, en desarrollo de los fines esenciales del Estado colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel. Que se debe garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional. Que la decisión tomada por la juez repercute a COLPENSIONES, toda vez que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación, con efectos patrimoniales, en cabeza de este fondo, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados, por lo que se debe evaluar la proporcionalidad de la decisión tomada en primera instancia. Que, en caso de confirmar la sentencia, se debe ordenar a los fondos privados devolver todas las sumas de dinero que están en su poder y de manera indexada, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia. Y que confirme en lo que respecta a la absolución de costas.

✓ PORVENIR S.A.:

Expresó en sus alegatos que el fondo privado al momento de realizar el traslado de la actora cumplió con su deber de información establecido para la época. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero. Que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la

parte accionante. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014. Que la parte actora ante su incumplimiento del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios no conlleva a que pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar. Que lo referente a la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la actora debe ser revocada, y en caso de dejarse en firme la ineficacia del traslado, solicita que sea revocada la condena de traslado de los dineros descontados por gastos de administración. Que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, deber tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones. Y que se está atentando contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa, debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada.

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 HUGO ARMANDO GALLEGO BECERRA 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; también se estudiará; *iii)* y 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, del interrogatorio de parte se desprende que el traslado a PORVENIR S.A. efectuado en el año 2004, se efectuó al ingresar a la Universidad Tecnológica de Pereira lo ingresaron al fondo de pensiones, pero no recibió una visita de un asesor de este fondo e ignoraba que se estaba trasladando de régimen. Que el traslado efectuado a COLFONDOS fue por buscar posibilidades de vida, desconociendo lo que iba a pasar en la actualidad, pero no recuerda haber recibido una visita de este fondo. Que no sabía cómo se pensionaba en un fondo privado, pero que hoy en día está más enterado. Que no recuerda mucho si le fue brindada información por los fondos privados. Que volvió a PORVENIR S.A. en el año 2010, debido a que en esa época existía mucha competencia de los fondos privados, los cuales le manifestaban las ventajas para trasladarse, y teniendo en cuenta que existía la posibilidad de que el Seguro Social se fuera acabar, influyendo esto bastante. Que nunca le explicaron ventajas y desventajas de pertenecer a un fondo privado o al Seguro Social. Que nadie le explicó la imposibilidad de trasladarse al fondo público por la edad. Y que se quiere trasladar por las condiciones de vida.

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.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A. ni COLFONDOS S.A., toda vez que, pese a que se anexaron los documentos visibles de folios 141, 143 y

151 de la demanda digitalizada, y 37 y 39 de la contestación de PORVENIR S.A., esto es, los formularios de afiliación, mismos que el demandante suscribió, 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 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.

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 4 de febrero de 2004, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

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

las diferentes administradoras del RAIS no sanea 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 por PORVENIR S.A. en el año 2004, 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 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 las apelaciones y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en

la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

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

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

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².

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. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

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

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

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

Por lo anterior, **PORVENIR S.A.**, fondo en el que actualmente se encuentra el demandante, deberá trasladar al fondo público además de lo manifestado por la juez, **la prima de reaseguros de Fogafín**, y junto con las **cuotas de**

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

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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.

administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes ya ordenadas, deberá trasladarlos debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

Por otra parte, al ser revisada la presente sentencia en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema, **COLFONDOS S.A.** además de lo ordenado por la juez, deberá devolver los **gastos de administración** que se componen del pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, **por el tiempo en que el actor permaneció en dicho fondo**, por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

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.

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 la juez. En estas son a cargo de PORVENIR S.A., por no salir avante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1'000.000.

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 **COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se condena a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ya ordenado por la juez, la **prima de reaseguros de Fogafín**, y junto con **las cuotas de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes** ya ordenadas, serán debidamente **indexadas** con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se condena a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, **los gastos de administración**, que se componen del pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, **por el tiempo en que el actor permaneció en dicho fondo**, como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

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

Rdo. 05-001-31-05-013-2021-00152
SA 248-21

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	Hugo Armando Gallego Becerra
DEMANDADO	Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-013-2021-00152
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/131> 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 1° de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 1° de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO