



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Carlos Andrés Muñoz Velásquez
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-016-2019-00605
TEMA	Ineficacia de traslado Auto llamamiento en garantía
DECISIÓN	Revoca, adiciona y confirma sentencia Confirma auto recurrido

El dieciocho (18) de agosto 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 215** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ANDRÉS MUÑOZ VELÁSQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-016-2019-00605**.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado a **PORVENIR S.A.**, y, por ende, que se le traslade a **COLPENSIONES**, debiendo devolver el fondo privado los valores recibidos por motivo de su afiliación, el bono pensional y los rendimientos, siendo recibidas por **COLPENSIONES**, debidamente indexadas.

Así mismo, solicita se condene a **PORVENIR S.A.** a los perjuicios causados por brindar una indebida asesoría y a reintegrar los dineros cobrados por exceso de comisiones del 4.5% sobre la base salarial, junto con el pago de los intereses moratorios y las costas procesales.

- **HECHOS**

Como supuestos fácticos de las pretensiones señaló que nació el 18 de agosto de 1964. Que estuvo afiliado como cotizante al régimen de prima media el 22 de febrero de 1990. Que se trasladó el 1° de julio de 2000 a PORVENIR S.A., a raíz de publicidad engañosa, sin una explicación de manera clara, detallada, concreta y oportuna de las implicaciones de su traslado. Que logró cotizar más de 1.300 semanas a través de diferentes empleadores. Que se le está cobrando comisiones del 4.5% sobre la base salarial. Que su ingreso para el año 20179 era de \$7'800.000. Que se le deben pagar intereses moratorios por los dineros cobrados indebidamente. Que le ocasionaron perjuicios por una indebida asesoría. Y que solicitó a COLPENSIONES, el traslado de régimen, al cual no se le ha dado respuesta.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la edad. Que es cierta su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES y su traslado a efectuado al fondo privado. Que no le constan los hechos que van dirigidos a PORVENIR S.A. Y que es cierta la solicitud elevada a COLPENSIONES, pero que si se le dio respuesta automática a la misma. Se opuso a las pretensiones, pero se abstuvo de las que van dirigidas en contra de PORVENIR S.A., y presentó varias excepciones de mérito.

Por otro lado, presentó **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**, en contra de PORVENIR S.A., por no obrar con diligencia y cuidado en el suministro de la información al momento del traslado, ocasionando perjuicio para COLPENSIONES, al tener que recibir un afiliado por fuera de los períodos de carencia, y generando una obligación de reconocer pensión de vejez, por lo que el fondo privado debe resarcir la totalidad de perjuicios que se causen.

Por lo que se deberá condenar a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores obrantes en la cuenta de ahorro pensional junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales, y

fondo de solidaridad pensionales debidamente indexados; y además a título de indemnización de perjuicios se deben pagar todos los valores que hagan falta para efectos de cubrir la totalidad de la pensión de vejez, costos administrativos y costas procesales.

✓ PORVENIR S.A.:

En lo que respecta a los hechos de la demanda expuso que no le consta la fecha de nacimiento. Que no le consta la vinculación efectuada al ISS hoy Colpensiones. Que la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, recibiendo una información clara, suficiente y veraz, y cumpliendo todas las obligaciones vigentes para la fecha de traslado. Que en lo que se refiere a las semanas, se atiene a la prueba documental allegada al expediente. Que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Y que los demás hechos son apreciaciones subjetivas. Se opuso a las pretensiones. Y propuso varias excepciones de mérito.

• **AUTO Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 21 de octubre de 2021, el Juzgado Decimosexto Laboral del Circuito de Medellín, **NEGÓ** el **llamamiento en garantía** realizado por COLPENSIONES, señalando que no existe fuente contractual o consagración legal que permita entender que el fondo privado sea garante de la obligación a la que pueda ser condenada COLPENSIONES.

Respecto a la sentencia, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 2000, manifestando que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Como argumento de su decisión expuso que, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial expuesto por la Corte Suprema de Justicia, si bien el formulario de afiliación es prueba de un consentimiento, existe una exigencia adicional la cual consiste en un consentimiento informado, siendo la carga en cabeza de los fondos privados en el sentido de probar que, si se brindó una información suficiente, veraz y completa al momento de la afiliación, lo cual no se probó.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar al demandante del RAIS al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

ORDENÓ a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, dentro de un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, *sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto*, considerando que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado, siendo esta erogación a cargo de sus propios recursos.

ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media y a recibir todos los dineros trasladados por el fondo privado.

AUTORIZÓ a COLPENSIONES, a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo.

NEGÓ la pretensión de reintegro de dineros solicitada por la parte actora, toda vez que no fue probado por la parte actora.

DECLARÓ imprósperas todas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y se abstuvo de pronunciarse frente a las de COLPENSIONES por no participar en el acto jurídico.

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

- **APELACIÓN AUTO:**

- ✓ COLPENSIONES:

Manifiesta que el recurso debió concederse en el efecto devolutivo, ya que evita tanto que COLPENSIONES como PORVENIR S.A. puedan intervenir,

pues limita el debido proceso, el principio de contradicción y solicitar los medios de prueba. Que no es posible que el Tribunal pueda adoptar una decisión de fondo cuando se encuentra pendiente la integración de dos sujetos procesales. Que ya el Tribunal ha expuesto que la demanda de coparte es procedente y que no se necesita traer un fundamento legal o contractual que sea requisito para admitir el llamamiento, pues es una manifestación subjetiva que es lo que plantea el llamante, y de ahí si se encuentra procedente por la ley, lo que debe hacerse es admitirse. Y que no se puede adoptar una decisión en la fase preliminar sino se debe hacer un estudio de los requisitos de la demanda y mirar si es procedente o no, y ya en el transcurso del proceso se mira si esta propuesta es procedente de fondo o no. Que si bien la ineficacia se trata de una ficción jurídica, cuando se trata de aplicar las restituciones mutuas dice que no aplican ese contexto, y se ordena devolver todo, y cuando se trasladan los rendimientos financieros ahí no se está aplicando las restituciones mutuas porque básicamente se tendría que trasladar solo la cotización, por lo tanto, el llamamiento en garantía podría sanear esa discusión, ya que se hace la solicitud de trasladar todo los conceptos y la indemnización de perjuicios, que es mucho mejor que lo propuesto por la Corte Suprema de Justicia, ya que ésta desborda la figura de las restituciones mutuas. Por lo que solicita se deje sin efecto la decisión del juez frente al llamamiento en garantía, y disponer que se integre y se estudie la admisibilidad del llamamiento en garantía cumpliéndose con el debido proceso.

- **APELACIONES SENTENCIA:**

✓ PORVENIR S.A.:

En su recurso de apelación, señala que no comparte la sentencia de primera instancia, toda vez que para la fecha de vinculación de la demandante para el año 2000, al demandante se le brindó una información de manera verbal suscribiendo el formulario de manera libre y voluntaria, el cual contaba con la aprobación de la Superintendencia bancaria. Que también se está incumpliendo el principio de la confianza legítima, ya que se desconoce el valor probatorio del formulario suscrito por el actor el cual estaba acorde a la normatividad vigente para dicho momento, y además el artículo 112 de la ley 100 de 1993, establece una obligación negativa para Colpensiones, debiéndose aceptar todos los formularios de afiliación, ya que estaría en

contravía del artículo 71 de la ley 100 de 1993. Que en lo que respecta al interrogatorio de parte, es importante destacar que en este tipo de procesos se hace necesario el interrogatorio para obtener las garantías completas como lo es el derecho de defensa, publicidad e inmediación de la prueba, y el uso de las tecnología no obsta para que se omita ciertas características de la práctica de la prueba, lo cual se asemeja a la tacha del artículo 58 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, así como la tacha por inhabilidad e imparcialidad del Código General del Proceso, expresando que con los testigos se debe tener un acercamiento a la prueba en lo que respecta a la espontaneidad y credibilidad, y que no está teniendo ayudas de otras personas, por lo que se debía tener la cámara prendida. Que, si en gracia de discusión se considera que se debe dejar en firme la ineficacia, no se debe trasladar rubros diferentes a lo que está en la cuenta de ahorro individual, ni los restituciones mutuas, ya que si se tiene que el traslado no se produjo, solo se tendría que trasladar el saldo de la cuenta, incluso sin los rendimientos generados o solo los rendimientos mínimos, pues se estaría generando una doble condena a PORVENIR S.A., quien fue el que generó una buena administración de la cuenta, sin detrimento alguno. Y que los seguros previsionales fueron trasladados a terceros de buena fe que son las aseguradoras, brindando un cubrimiento para la invalidez y muerte del actor, durante el tiempo que estuvo vinculado al fondo privado.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Manifestó en sus alegatos que se le solicitó al juez conceder el recurso de apelación frente al auto en el efecto suspensivo, en aras de salvaguardar la economía procesal, el debido proceso, y los derechos de defensa, a la prueba y de contradicción, aunado a que resulta procesalmente incompatible proferir una sentencia sin haber integrado el litigio entre llamante y llamado, lo que imposibilita que el superior funcional pueda adoptar una decisión sobre el fondo del asunto. Que debe ser procedente el llamado en garantía, toda vez que, para efectos de la formulación del llamamiento en garantía, basta con

afirmar tener derecho legal o contractual, que su presentación debe cumplir con los requisitos exigidos para la demanda y que verificados estos, es deber del juez admitir el llamamiento, ordenar su notificación y correr traslado al convocado para su pronunciamiento; ya, sobre lo atinente a la relación sustancial, se deberá decidir en la sentencia. Que el llamamiento en garantía, en este caso en la modalidad de demanda de coparte, comprende una solicitud eventual, lo que quiere decir que para su definición se torna necesario decidir la relación jurídica principal y únicamente, ante la prosperidad de la propuesta jurídica primigenia, deberá ser evaluada la relación sustancial entre llamante y llamado. Y que existen varias decisiones del Tribunal en donde se concluye que es procedente llamar en garantía a quien ya hace parte del proceso.

✓ DEMANDANTE:

Señaló en sus alegatos que se debe reconocer la totalidad de las pretensiones de las demandas y condenar en costas a las entidades demandadas, toda vez que, si existió una ineficacia del traslado por falta del deber de información, al no advertirle las ventajas y desventajas al actor.

✓ 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 del actor 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.

Por otro lado, en lo que se refiere al auto de llamamiento en garantía expuso que se debe confirma la decisión, ya que COLPENSIONES no puede pretender el reconocimiento de perjuicios aduciendo una falta al deber de información por parte de la administradora de pensiones, cuando esta decisión fue exclusiva de la órbita personal del afiliado. Que la administradora del régimen de prima media debió darle al actor la información suficiente sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales. Y que no existe acreditación de un perjuicio por parte de Colpensiones, no cumpliendo así con la carga probatoria.

CONSIDERACIONES

Los **problemas jurídicos** a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, abarcarán los siguientes temas: **i)** auto, llamamiento en garantía; **ii)** Sentencia. Determinación de si el acto jurídico de afiliación del señor CARLOS ANDRÉS MUÑOZ VELÁSQUEZ a PORVENIR S.A. fue válido o si por el contrario fue ineficaz; **iii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; **iv)** la devolución o no del bono pensional; y **v)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Llamamiento en garantía

Si bien en una oportunidad anterior esta Sala del Tribunal llegó a considerar que sí era viable el llamamiento en garantía bajo la figura de demanda de coparte, este criterio merece ser reevaluado, tal y como pasa a exponerse a continuación.

La figura del **llamamiento en garantía** no está regulada de manera expresa en el procedimiento laboral, por lo que, en virtud del principio de la aplicación analógica de la ley, previsto en el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, se debe recurrir a las normas del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el cual, en el artículo 64 señala:

“ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”.

De la norma en comento se infiere, que si la persona obligada a cubrir la condena impuesta en una sentencia, cuenta con la facultad legal o contractual de exigirle a otro el pago total o parcial del perjuicio que llegare a sufrir como consecuencia de tal condena, puede pedir que el juez resuelva tal relación.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, sentencia con radicado 28246 de 2007, ratificada por la SL2548 de 2021, manifestó lo siguiente:

“...el llamamiento en garantía tiene una naturaleza eventual, en la medida en que está subordinada al resultado de la pretensión principal. Sólo en el evento de resultar adversa la sentencia a quien llama en garantía, y solo en ese caso se abre la puerta para que el juzgador examine la denominada pretensión revérsica e in eventum.”.

Así las cosas, el llamamiento en garantía tiene por objeto exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, siempre y cuando medie un derecho legal o contractual, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

Luego de realizar un análisis de las pretensiones en el proceso ordinario de la referencia, considera la Sala que le asistió razón al Juez de primera instancia, al considerar que no es procedente ni necesario llamar a Porvenir en garantía para el presente caso, toda vez que lo que se está discutiendo es la ineficacia del traslado que del señor Muñoz Velásquez, en su momento realizó a tal entidad, por una debida información. Nótese como precisamente dicho fondo está en el proceso como demandado, quien, en caso de una condena por no probar la debida información, tendrá que proceder a responder con las órdenes

que se generan en la sentencia y que teniendo en cuenta que es un tema ya pacífico tanto en la Corte Suprema de Justicia como por este Tribunal, no sería el Fondo Público el que sufriera perjuicio alguno con motivo de esa declaratoria de ineficacia.

Es decir, la Sala no encuentra que exista una obligación entre los fondos que amerite llamarse como garante, para cumplir el posible perjuicio que naciera con la sentencia, en razón a que dicha obligación tendría que estar estipulada en un contrato o disposición legal. Además, este proceso no genera condena alguna en cabeza de Colpensiones, toda vez que a dicha AFP solo le compete recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A., ello es, producto de la sentencia no se genera condena alguna en cabeza de Colpensiones que merezca ser reembolsado por el fondo privado.

Sumado a lo anterior para estos casos concretos la Corte Suprema de Justicia en sendas providencias ha señalado que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado, en razón a que el acto jurídico nunca existió y las cosas quedarían en el estado en que se encontraban anteriormente, fundamentada en la falta del deber de información, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL782 de 2021.

En los términos anteriores, se **CONFIRMARÁ** el auto recurrido.

Atendiendo a lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso y por no salir avante la apelación formulada por Colpensiones contra el auto que negó el llamamiento en garantía, las costas procesales de la segunda instancia son de su cargo y en favor de Porvenir S.A. De conformidad con lo establecido en el acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de \$500.000.

ii. 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 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, si bien no se realizó el interrogatorio de parte debido a que la apoderada de PORVENIR S.A. desistió del mismo por no contar con las garantías suficientes para efectuarlo a raíz de que el demandante no tenía cámara, debe manifestarse que no se observa que se haya vulnerado ninguna garantía procesal, toda vez que el juez le brindó la oportunidad de realizar el mismo, siendo tarea del juez valorarlo en su momento al igual que se hace en la tacha de testigo, como lo expresó la apoderada de PORVENIR S.A.; por otro lado, no existe norma que prohíba la realización del interrogatorio por no ostentar medios visuales, sino por el contrario se pretendió garantizar la realización del mismo a través de los medios tecnológicos posibles como lo procuró practicar el juez.

Así pues, las afirmaciones del actor desde la presentación de la demanda, no fueron desvirtuadas procesalmente por el fondo privado, pues si bien anexó el documento visible de folios 90 de la contestación de PORVENIR S.A., esto es,

el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito 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 este documento no es 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 nuevamente, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala, que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS del actor fue efectuado el 31 de mayo de 2000, 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.”*

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 2000, 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., 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.

iii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por el fondo privado:

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

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,*

pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

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

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

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a COLPENSIONES, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia

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

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

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

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, además de ordenado por el juez, **PORVENIR S.A.**, fondo en el que se encuentra el demandante, también deberá trasladar los **gastos de administración**, que se componen del pago efectuado a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión, ya ordenados, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, por la pérdida adquisitiva del peso colombiano, y así mismo, también se deberá devolver lo destinado al **Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

iv. Bonos pensionales

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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

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

En lo que respecta a la orden dada por el juez al fondo privado de devolver el bono pensional a que haya lugar, se tiene pues que la redención normal del mismo sería para el 18 de agosto de 2026, fecha en la que el demandante cumpliría los 62 años de edad; sin embargo, hay que tener en cuenta que, previo al pago del bono, debe surtir varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la afiliación válida del demandante es la efectuada al régimen de prima media, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo que haya lugar. Por tal razón dicha orden deberá **REVOCARSE**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

v. 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, REVOCARÁ 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 quedan como lo dijo el juzgado del conocimiento. Las de la segunda instancia, atendiendo a lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso y por no salir adelante la apelación formulada contra la sentencia por Porvenir S.A., son de su cargo y en favor del demandante. De conformidad con lo señalado en el acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, como agencias en derecho en esta instancia se fija 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** el auto recurrido por medio del cual se negó el llamamiento en garantía.

SEGUNDO: En relación con la apelación del auto, las costas procesales son de cargo de Colpensiones y en favor de Porvenir S.A. Como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de \$500.000.

TERCERO: 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.**

CUARTO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por el juez, los **gastos de administración** debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, y también se deberá devolver lo destinado al **Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

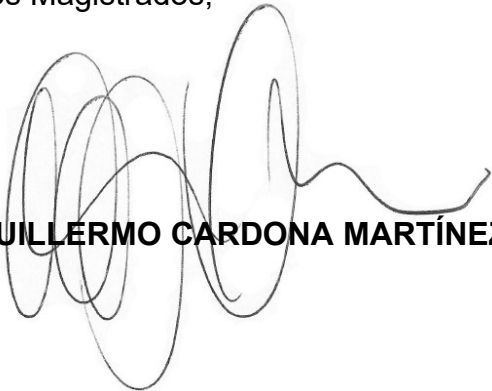
QUINTO: Se **REVOCA** la orden dada a **PORVENIR S.A.** respecto a la devolución del bono pensional conforme se dijo en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia

SÉPTIMO: En relación con la sentencia, las costas procesales y agencias en derecho quedan como se dijo en la motivación de esta providencia.

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

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Carlos Andrés Muñoz Velásquez
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 016-2019-00605
DECISIÓN	Confirma auto recurrido Adiciona, revoca 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 19 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 19 de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO