



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Guillermo León Cataño Carmona
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-003-2018-00905
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca sentencia

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 **188** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido **GUILLERMO LEÓN CATAÑO CARMONA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** con radicado **05-001-31-05-003-2018-00905**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferida por la doctora **MARICEL LONDOÑO RICARDO**, en calidad de apoderada judicial para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería para actuar a la Dra. **LINA MARÍA ZAPATA BOTERO**, identificada con cédula de ciudadanía N.º 1.035.850.617 y portadora de la tarjeta profesional N.º 335.958 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **COLPENSIONES** hasta su culminación en el presente proceso judicial.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS el 1° de diciembre de 1996, por haber faltado al deber objetivo de información. Y como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a transferir el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, bono pensional si hay lugar a ello, cuotas de administración y aportes del fondo de garantía de pensión mínima a COLPENSIONES. Y que se condene a las costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones indicó que nació el 4 de julio de 1960. Que se afilió por primera vez al ISS a partir del 16 de febrero de 1984 hasta el 30 de septiembre de 1996, acumulando un total de 558.7 semanas. Que se trasladó el 1° de diciembre de 1996 a PORVENIR S.A. Que desde que se trasladó a PORVENIR S.A. ha logrado cotizar 1.127 semanas, sumadas a las 558.7, ha contabilizado un total de 1.685.7 semanas. Que no recibió una asesoría al llegar a los 52 años de edad. Que conforme a la solicitud elevada a PORVENIR S.A. esta entidad conforme a la proyección efectuada, le manifestó que recibía una pensión en el RAIS de \$944.200 y en Colpensiones de \$1'859.000. Y que elevó solicitud de traslado a COLPENSIONES, la cual fue desfavorable.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la fecha de nacimiento del demandante. Que es cierta su afiliación al ISS y el reporte de semanas. Que es cierto el traslado efectuado a PORVENIR S.A. Y que no le constan la información que está dirigida en contra del fondo privado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la fecha de nacimiento. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra del ISS hoy Colpensiones. Que es cierto el traslado efectuado por el demandante. Que no le constan las semanas cotizadas en su totalidad. Que, en cumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se indicaron la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando la persona se encuentre a diez años o menos de cumplir la edad para pensionarse. Que el demandante conocía que el valor de su pensión dependería del capital que lograra acumular. Que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Y que el último hecho es una apreciación jurídica del apoderado de la parte actora. Se opone a todas y cada una de las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 25 de noviembre de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** que la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., faltó a su deber de obligación de dar información veraz y oportuna al demandante, al momento del traslado del RPM al RAIS, y faltó al deber de verificar a lo largo de la afiliación del actor, las circunstancias que le hicieran más beneficioso de pertenecer en el RAIS.

Como fundamento de su decisión expuso que PORVENIR S.A. para el año 1996, debió brindar una información completa y detallada, aún con la ley vigente de dicho año, por lo que, bajo la figura de inaplicación constitucional de pérdida del régimen de prima media, debe seguir inmersa en el fondo privado.

Expuso que las entidades que realizan gestión fiduciaria como las AFP no tienen obligación de resultado, ya que el resultado de su actividad económica está inmersa a los vaivenes financieros de la economía, pero a cambio de no tener obligación de resultado, tienen una obligación instrumental o de medio, denominada obligación de diligencia debida o buen consejo, y este se concreta en el hecho de que las entidades financieras deben asesorar, informar ampliamente al usuario del sistema financiero de los riesgos que corre, de las características, de los contratos o actos jurídicos que asume, también deben verificar las condiciones particulares y específicas que atañen al ahorrador

pensional, a su vez deben hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes.

Que las administradoras de pensiones desarrollan una actividad financiera específica de gestión fiduciaria, y conforme lo dispone el decreto 720 de 1994, en su artículo 12, éstas deben dar un debido consejo y asesoría, adquiriendo el deber de información como lo dispone el decreto 1161 de 1994, en su artículo 3°. Que el fondo privado al no dar información clara y oportuna es el que debe responder por esta falta, no pudiendo obligar a un tercero como lo es COLPENSIONES, a devolverle a éste los dineros ni rendimientos, para que sea éste quien responda, toda vez que la actividad financiera de los fondos de pensiones no es gratuita es onerosa, pues se desarrolla con el ánimo de obtener beneficios. Que el decreto 720 de 1994, en su artículo 10, expresa que las administradoras al no dar la información suficiente deben estar prestos a responder por ello, y no trasladar la carga a COLPENSIONES, toda vez que no pueden beneficiarse de su propia culpa. Que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, lo que contiene es una sanción administrativa y de carácter pecuniaria, y de allí se faculta a los Ministerios a cobrar una multa a quienes han violentado el derecho a la Seguridad Social de afiliación.

Expresó, que si bien las administradoras privadas no son pagadoras de pensiones de prima media, no obstante por haber causado un daño y al declararse la ineficacia, el demandante tiene derecho a pensionarse bajo los parámetros del régimen de prima media, pero lo que se debe ordenar es que a título de indemnización de perjuicios el fondo privado debe devolver un cálculo actuarial por subrogación pensional que cubra la totalidad de actividades financieras, económicas y logísticas que debe realizar COLPENSIONES en el pago de esa mesada pensional.

DECLARÓ que, por falta de cumplimiento de la obligación debida del buen consejo, PORVENIR S.A. causó un grave perjuicio económico en la mesada pensional del actor cuando cumpla los 62 años de edad.

DECLARÓ que PORVENIR S.A. es responsable profesional y constitucionalmente por los perjuicios causados al demandante.

DECLARÓ la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del RPM del demandante, cuando este se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES en 1996 a PORVENIR S.A., y a su vez **DECLARÓ** que el actor sigue inmerso en el RPM, pero a cargo del fondo PORVENIR S.A.

ABSOLVER de todas las pretensiones a COLPENSIONES sin perjuicios de las **ORDENES** que se le darán.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que el actor solicite por escrito, le reconozca, liquide y la pensión de vejez bajo el régimen de prima media con prestación definida, debiendo incluir el demandante el certificado de retiro laboral.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y empiece a pagar la pensión de vejez bajo el régimen de prima media al actor, solicite por escrito a COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional; a su vez, **ORDENÓ** a COLPENSIONES para que dentro de los dos meses siguientes a la solicitud escrita de PORVENIR S.A., realice el cálculo actuarial pensional, con miras a la subrogación pensional del demandante, y dentro de ese mismo lapso, 2 meses, COLPENSIONES presentará por escrito a PORVENIR S.A. el valor del cálculo actuarial pensional, y dentro del mes siguiente a la fecha que lo reciba, PORVENIR S.A. pagará el cálculo actuarial pensional real y efectivamente a COLPENSIONES

ORDENÓ a PORVENIR S.A., que hasta tanto no pague el cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional a COLPENSIONES, esta entidad, PORVENIR S.A. debe continuar reconociendo, liquidando y pagando las mesadas pensionales respectivas bajo el régimen de prima media al actor.

ORDENÓ a COLPENSIONES a subrogar al fondo privado, desde el momento y hora en que reciba el valor del cálculo actuarial pensional de PORVENIR S.A.

AUTORIZÓ a PORVENIR S.A. a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena tomando para si el valor de los ahorros pensionales del

demandante, los rendimientos financieros, el bono pensional y cualquier otra suma que llegue a haber en la cuenta de ahorro individual del demandante.

DECLARÓ que no prosperan las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y prosperó la excepción de COLPENSIONES, de ser un tercero dentro del acto jurídico celebrado por el demandante con el fondo privado.

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

- **APELACIONES:**

- ✓ **DEMANDANTE:**

Interpuso recurso de apelación manifestando que, en el evento de modificar la decisión, se haga conforme a las pretensiones solicitadas y con base en los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la demanda inicial.

- ✓ **PORVENIR S.A.:**

Presentó recurso de apelación manifestando que sea revocada en su totalidad la sentencia de primera instancia, toda vez que con el fallo se desconoce la coexistencia de dos regímenes pensionales, los cuales tiene una forma de financiación diferente. Que las figuras como cálculos actuariales, permutas y conmutación pensional, las cuales resultan inoperantes en la resolución del presente litigio por no presentarse una regulación legal frente a este tipo de procesos, y mucho menos como consecuencia sobre la declaratoria de la ineficacia del traslado. Que al hacerse uso de la faculta ultra o extra petita, este principio se sustenta en la salvaguarda del carácter irrenunciable de los derechos mínimos de los trabajadores establecido en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo. Que se plantearon varios problemas a resolver, los cuales no guardaban relación con el litigio y mucho menos fueron correctamente justificados. Que se sustenta todo bajo el principio de la responsabilidad, pero desbordándose a condenar a PORVENIR S.A. al reconocimiento de un pago de un cálculo actuarial, con determinadas prerrogativas, alegándose de la realidad, y transgrediéndose al acceso real y efectivo de los derechos, pero que no es así, dado que a la parte actora no se le ha negado al acceso a la pensión en el régimen de ahorro individual. Que

se verifica que el juez está en búsqueda la sostenibilidad financiera del sistema, lo cual se verifica con las múltiples cargas impuestas a PORVENIR S.A. como es el cálculo actuarial y pagar una pensión bajo los términos del régimen de prima media, sin contar con un respaldo legal ni mucho menos planteado como un supuesto factico o una pretensión. Que el contrato de afiliación es de tracto sucesivo, aleatorio y por adhesión, y es por esto que es un contrato que por toda la vida el afiliado se somete a las características del mismo y lo confirma así las cotizaciones que se van haciendo por parte de este. Que no hay elementos fácticos o jurídicos que demuestren la afectación del mínimo vital del demandante o a la vulneración de la sostenibilidad financiera del sistema. Y que el monto de la pensión no es razón suficiente para declarar la ineficacia.

Por lo anterior solicita, revocar en su totalidad las condenas y absolver de las mismas, que en caso de declarar la ineficacia y se de aplicación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, solicita se absuelva de una eventual devolución de los gastos de administración y sumas adicionales de las aseguradoras, por cuanto dichos porcentajes ya fueron causados y pagados en favor de terceros de buena fe, y que protegieron al afiliado en los riesgos de sobrevivencia e invalidez.

✓ COLPENSIONES:

Presentó recurso de apelación de forma parcial expresando que, aunque se encuentra conforme frente a la decisión, debe absolverse a Colpensiones de los numerales cuarto, séptimo y octavo, toda vez que, conforme a la norma vigente para la época, no le está violentado ningún derecho ni principio al actor, ya que el ciudadano por medio de su autonomía escogió el respectivo régimen. Que el Estado Colombiano no le está negando el derecho a la pensión al actor, sino por el contrario le esta brindado la posibilidad de escoger cualquier régimen, y si alguno no cumple con sus expectativas pecuniarias el Estado no está obligado a solventar esas pensiones. Que el principio de favorabilidad, únicamente se escoge solo para las pensiones en las cuales existe un régimen totalmente diferente o existen más normas al respecto. Que no se está afectando el mínimo vital, toda vez que este no versa sobre el salario mínimo. Que, con el cálculo actuarial, se denota que no alcanzaría lo de su cuenta de ahorro individual para solventar su pensión en el RPM. Que

los fondos deben responder por los perjuicios causados y no el Estado colombiano. Que los traslados no pueden ser absolutos y que, si bien supone un deber de información de parte de los fondos privados, no exonera al afiliado de su deber de estar suficientemente ilustrado para su escogencia. Que el cálculo recibido de PORVENIR S.A. es una mera expectativa, toda vez que se desconoce el IBL del actor. Que a COLPENSIONES se le prohíbe realizar las subrogaciones pensionales, lo que puede hacer son los cálculos actuariales, y que la figura correcta sería la compartibilidad. Por lo anterior, solicita sea revocado el fallo de primera instancia.

De igual forma, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en virtud de las órdenes impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Manifestó en sus alegatos que se confirme el fallo de primera instancia, toda vez que los Fondos están en una situación probatoria complicada respecto de los esclarecimientos de los hechos que para el presente caso el demandante está en mejor posición de ilustrar. Que la afiliación al Fondo privado por parte del demandante fue libre voluntaria, espontánea y sin coacción alguna. Que el formulario de afiliación para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del Traslado de Régimen. Que no se pudo afectar la sostenibilidad financiera del sistema. Que, respecto del pronunciamiento de la inaplicabilidad constitucional, esta teoría no puede ser admisible, toda vez que en ningún momento se le está violentando el derecho fundamental al acceso de la Seguridad en pensiones al actor. Que no se le está vulnerando ningún derecho fundamental al demandante. Que la afiliación al RAIS es completamente válida, y por ende a COLPENSIONES no se le puede imponer condena alguna en recibir nuevamente al afiliado al RPM. Y que, en caso de declararse la ineficacia, el fondo privado debe devolver todos los aportes realizados por el demandante, debidamente indexados.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, serán: **i)** determinar si el juez desbordó las facultades ultra y extra petita, y el principio de congruencia en el objeto del litigio; **ii)** si el acto jurídico de afiliación del señor GUILLERMO LEÓN CATAÑO CARMONA a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; consecuentemente si prospera la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar, **iii)** la orden dada al fondo privado de reconocer la prestación económica de vejez como si fuera el régimen de prima media, y posterior a ello, solicitar el cálculo actuarial a COLPENSIONES con miras a la subrogación pensional; o por el contrario, determinar, **iv)** si el fondo privado, debe trasladar todos los conceptos de la cuenta individual a COLPENSIONES para que este sea quien asuma la afiliación, y la prestación económica de vejez; **v)** y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Facultades ultra y extra petita y principio de la congruencia.

El artículo 42 del Código General del Proceso, en lo que respecta a los deberes del juez, establece en el numeral 5º lo siguiente: *“Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.”*

Por su parte, el artículo 281 del citado código, aplicable en materia laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.*

Con respecto a las facultades ultra y extra petita, indica el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que *“el Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados...”*

Conforme a las normas enunciadas, debe tenerse en cuenta que para la procedencia de los fallos ultra petita es necesario la verificación de dos condiciones tal y como se ha establecido en sentencia C-662 de 1998; estas son: i) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales, y ii) que los mismos estén debidamente probados.

Aplicando lo anterior al caso de autos, considera la Sala que el juez de primera instancia extralimitó sus facultades, toda vez que las pretensiones contenidas en la demanda iban dirigidas estrictamente a que se declarara la INEFICACIA de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, y en consecuencia se condenara al fondo privado a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, frutos e intereses, entre otros conceptos.

De esta manera, cuando la sentencia de primera instancia declara la inaplicación constitucional en el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual de la accionante y la causación de un grave perjuicio económico al accionante, ordenándole al fondo privado, reconocer la pensión de vejez bajo la normatividad del Régimen de Prima Media, y asimismo, la elaboración de un cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, a sabiendas que se tratan de pretensiones ajenas a la demanda y frente a las cuales el fondo privado nunca pudo ejercer una defensa técnica; se genera claramente una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, contradicción y defensa; razón por la cual, soporta a que la sentencia emitida en primera instancia deba ser **REVOCADA**.

En igual sentido sucede con los perjuicios declarados por el juez, ya que fuera de ser necesaria su demostración para que se genere la indemnización, en las pretensiones de la demanda no obra solicitud de reconocimiento de perjuicio alguno, como tampoco fueron acreditados por la parte activa, y el fondo accionado en ningún momento tuvo la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción frente a los mismos.

ii. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

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 la afiliación del actor, del interrogatorio de parte se desprende que, se trasladó a PORVENIR S.A. debido a que hubo un fuerte rumor que el Seguro se iba a acabar. Que firmó el formulario cuando estaba laborando en Corona, y que esto fue debido a que reunieron a varias personas de la empresa y les explicaron que se pasaran porque esta entidad iba a dar muy buena rentabilidad y quizá mejor que el ISS. Que la reunión se realizó en el restaurante por parte de una asesora de PORVENIR S.A. Que los datos del formulario fueron diligenciados por la asesora. Que en dicha ocasión no tuvo oportunidad de escuchar a otro fondo privado. Que no le han realizado una reasesoría. Que se quiere regresar del RAIS a RPM, debido a que según lo que ha escuchado es muy desalentador y no es verdad que sea muy rentable, ya que no pagaran la mensualidad alta como lo manifestaron. Que no se le informó que en caso de no reunir el capital se le devolverían los saldos. Que la asesoría duró alrededor de 10 minutos. Y que, si recibe los extractos de vez en cuando, pero no los entiende bien.

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., toda vez que, pese a que la entidad administradora anexó el documento visible de folio 118 del expediente digital, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por el actor, 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 como lo es PORVENIR S.A. 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 el actor conociera las consecuencias que implicaba 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 pasa 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 como lo indica el

apoderado de Colpensiones en sus alegatos, al traer lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con el traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar al demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe del vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP, segundo momento, desde la expedición de 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 4 de octubre de 1996, 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.”*

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 **REVOCAR** la providencia de primera instancia, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, y en su lugar se **DECLARARÁ** la ineficacia de la afiliación al RAIS, en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, entendiéndose que el actor estuvo afiliado al RPM administrado en la actualidad por COLPENSIONES sin solución de continuidad, conforme lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su amplia línea jurisprudencial, en calidad de órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral.

iii. Orden dada al fondo privado y la subrogación pensional.

En cuanto a la orden dada por el juez a PORVENIR S.A. de cancelar la pensión de vejez, una vez el actor eleve la solicitud como si fuera el régimen de prima media, con miras a la subrogación pensional con COLPENSIONES; es muy importante reafirmar que al declararse la ineficacia, se genera como resultado que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, y cabe advertir que el único administrador de este régimen es COLPENSIONES, debiéndose entender que el demandante siempre permaneció afiliado al mismo sin solución de continuidad, teniendo en cuenta que desde las pretensiones de la demanda y posteriormente en la fijación del litigio, se solicitó dejar sin efecto la afiliación a PORVENIR S.A., para que en su lugar, todo se retrotrajera al estado que se encontraba antes del traslado.

Por consiguiente, al imponerse la ineficacia del acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, la consecuencia jurídica es no producir efecto alguno, lo que conlleva la reactivación de la afiliación al régimen de prima media, y consecuentemente la devolución a COLPENSIONES por parte del fondo privado de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, prima de reaseguro de Fogafín y primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, y además, lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Es importante, manifestar que no obra en la ley y sus decretos reglamentarios, regulación con la que pueda la AFP realizar el pago del cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional, en tanto que la función principal es administrar los aportes de sus afiliados, y el cálculo actuarial se utiliza en materia pensional para los empleadores que no afiliaron a su trabajador a la seguridad social o por el incumplimiento de la obligación del empleador de reportar la novedad de ingreso de un nuevo trabajador a su empresa, a través de una reserva actuarial o un título pensional, por ejemplo con base en el literal b, c, d y e del artículo 33 de la Ley 100 y el Decreto 1887 de 1994 cuyo artículo 1º, que trata del campo de aplicación, establece *“la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el RPM...”*; así mismo el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 señala:

“En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.

Ahora, frente a la obligación de aceptar la subrogación como si fuera una conmutación pensional a partir de un cálculo actuarial por parte de PORVENIR S.A. frente a COLPENSIONES, la Resolución 249 de 2013 emitida por esta última entidad, señala que *“la conmutación pensional es un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo.”*

De lo anterior se desprende, que dicha figura solo se ajusta cuando se trata de un empleador hacia una entidad administradora de pensiones, lo cual requiere de unas etapas a saber: **Etapa I:** Precálculo. En esta etapa el

interesado en la conmutación pensional manifiesta mediante una solicitud escrita el deseo de iniciar el proceso de conmutación pensional. **Etapas II:** Conmutación pensional. En esta etapa se formaliza el contrato de conmutación pensional, pero debe solicitar permiso para conmutar ante el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia que vigila y regula el tipo de empresa por parte del empleador interesado, situación atípica y poco probable de autorización si se trata de una AFP conmutando una pensión de vejez de constituida a COLPENSIONES, más aun cuando debe atenderse a instrumentos financieros de la superintendencia, que causan diferencias con los aportes y rendimientos en el RAIS frente a los aportes de Colpensiones.

Por lo tanto, debe advertirse que dicha reglamentación está hecha para la formalización de pasivos pensionales de empleadores, no siendo un instrumento útil como lo propuso el juez. Como consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia en lo que se refiere al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de **PORVENIR S.A.** como si se estuviera en el régimen de prima media, y a la orden dada con respecto al cálculo actuarial y subrogación pensional.

De igual forma, vale aclarar con respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, que el actor queda con la plena facultad, para que una vez decida solicitar la prestación económica, lo realice ante COLPENSIONES.

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

Con relación a los efectos de la ineficacia y 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 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 ha identificado los siguientes conceptos:

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

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.

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.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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.** deberá trasladar lo correspondiente a las cotizaciones realizadas por el demandante, rendimientos financieros, 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, y todos estos conceptos debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, y además, deberá trasladar 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 en este sentido **ORDENAR** a PORVENIR S.A, trasladar a COLPENSIONES todos estos conceptos.

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

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.

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.

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.

Corolario de todo lo dicho, es que la sentencia de primera instancia que se revisada en vía de apelación y en grado jurisdiccional de consulta, deberá **REVOCARSE**.

Las costas de procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. Sin costas en esta instancia.

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 **REVOCA** en todas sus partes la sentencia de primera instancia, y en su lugar se **DECLARA** la ineficacia de la afiliación a **PORVENIR S.A.** del señor GUILLERMO LEÓN CATAÑO CARMONA, debiéndose tener para todos los efectos afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **REVOCA** la providencia en lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de **PORVENIR S.A.** bajo la normatividad del régimen de prima media y el cálculo actuarial por subrogación pensional, y en su lugar, se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, esto es, 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, estos anteriores conceptos, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, y 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;

TERCERO: Se le **ORDENA** a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación del actor sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida y a recibir las sumas de dinero devueltas por el fondo privado, debiéndolas consolidar en la historia laboral.

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

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

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Guillermo León Cataño Carmona
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 003-2018-00905
DECISIÓN	Revoca 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