

TEMA: DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP - La jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber de entregar una información necesaria y transparente. / **CARGA DE LA PRUEBA** - Recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada. / **EFFECTOS DE LA INEFICACIA** - 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. /

HECHOS: El demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, que se mantuvo afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado en la actualidad por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior condene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos sin lugar a descontar valor alguno por concepto de gastos de administración, y a Colpensiones a recibirlos teniéndolo como su afiliado. La A quo declaró la ineficacia del traslado al RAIS, y, en consecuencia, indicó que se encontraba vinculado sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones. En orden a lo anterior, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones en un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, con sus rendimientos, de igual modo deberá retornar indexados los gastos o cuotas de administración, las sumas de seguros previsionales para invalidez o sobrevivientes y los aportes contenidos en el fondo de garantía de pensión mínima. Finalmente, ordenó a Colpensiones tener al demandante como su afiliado actualizando su historia laboral. Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso el recurso de apelación. Corresponde a la Sala determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, además, deberá la Sala establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia, y revisar si operó la prescripción y si debe ordenar la indexación de las sumas a trasladar, así como si procede absolver a Porvenir de las costas procesales.

TESIS: En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS a través de Porvenir S.A. se realizó el día 1 de julio de 2002, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber de entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma: Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. (...) Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. (...) El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional. (...) Sobre la carga de la prueba es importante 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. (...) Es importante hacer énfasis en lo enseñado 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. Siguiendo esta enseñanza 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 las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a Colpensiones, todos los conceptos que recibieron, puesto que, los mismos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho el demandante. (...) Finalmente, la forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL-2877-2020, en la que al respecto se expresó: “De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado”.

M.P. CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

FECHA: 21/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL

Acta 065

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelven el recurso y el grado jurisdiccional de consulta en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **LUIS ALFONSO PRIETO CRISTANCHO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 2213 de junio de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

En el caso se reconoce personería para representar a Colpensiones al abogado MAURICIO LARA GARCIA, quien se identifica con la CC 1.128.442.661 y TP 273006 del Consejo superior de la J, de acuerdo a la sustitución que le hiciera la apoderada CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con CC 65.701.747 y TP123.148, en los términos del poder conferido.

ANTECEDENTES

Pretensiones

El demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, que se mantuvo afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado en la actualidad por **Colpensiones**.

Como consecuencia de lo anterior condene a **Porvenir S.A.**, a trasladar a **Colpensiones** los aportes y rendimientos sin lugar a descontar valor alguno por concepto de gastos de administración y a **Colpensiones** a recibirlos teniéndola como su afiliada.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que fue afiliado al **ISS hoy Colpensiones**, en agosto de 1985, se trasladó a **Porvenir S.A.**, el **1 de julio de 2002**, fondo en el cual permanece.

Al momento de trasladarse al RAIS, la AFP **Porvenir S.A.** no le suministró información respecto de las diferencias existentes entre los regímenes pensionales y las consecuencias de su selección.

Respuesta Colpensiones

Entidad que a través de apoderado indicó que no le constan los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación de reconocer traslado solicitado por la demandante, imposibilidad jurídica, detrimento patrimonial enriquecimiento sin causa, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

Respuesta de Porvenir S.A.

Manifiesta el fondo por medio de su apoderado que no le constan los hechos de la demanda, pero al demandante se trasladó luego de brindarse una información, clara, precisa y acorde a las exigencias de la norma para el momento, por lo que dicho traslado fue libre y voluntario.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Validez de la afiliación, aplicación del art. 1746, prescripción y buena fe.

Sentencia de primera instancia

La Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia **14 de diciembre de 2023**, **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS, y, en consecuencia, indicó que se encontraba vinculado sin solución de continuidad al RPM administrado por **Colpensiones**.

En orden a lo anterior, **Condenó a Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** en un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, con sus rendimientos, de igual modo deberá retornar indexados los gastos o cuotas de administración, las sumas de seguros previsionales para invalidez o sobrevivientes y los aportes contenidos en el fondo de garantía de pensión mínima.

Además, ordenó a la AFP que al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Finalmente, ordenó a **Colpensiones** tener a la demandante como su afiliado actualizando su historia laboral.

Recurso Porvenir S.A.

La apoderada recurrente solicita que se **revoque** la decisión de primera instancia, toda vez que esa administradora cumplió con los parámetros en la información que le eran exigibles al momento de la vinculación de la actora, quedando como prueba de tal acto el formulario suscrito por la demandante.

Por lo demás resalta que las condiciones en la información que reclama la actora, provienen de condiciones establecidas en la ley por lo que se presume le eran conocidas sin que pueda alegar su desconocimiento para no cumplirlas.

Con respecto a la condena de trasladar los gastos de administración y seguros, se debe tener en cuenta que la administradora tiene derecho a conservar las primeras por cuanto cumplió con su gestión y en lo referente a los seguros las primas ya fueron pagadas a terceros para la protección de un eventual siniestro.

De otro lado, solicita que al aplicarse el artículo 1746 del Código Civil deben dar aplicación a la teoría de las restituciones mutuas, conservando la administradora el derecho a conservar las sumas cobradas por gastos de administración.

Finalmente, solicita que no se le imponga condena en costas, puesto que actuó de buena fe.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022. Porvenir S.A., manifestó: Con el mayor respeto solicito al Honorable Tribunal que sea revocada la sentencia de primera instancia proferida el 14 de diciembre de 2023, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en torno a las condenas impuestas a mi cobijado, por las siguientes razones: Quedó plenamente probado dentro del proceso, que PORVENIR cumplió a cabalidad con el deber de asesoría e información según la normatividad vigente para la fecha en la cual el señor Luis Alfonso Prieto Cristancho se trasladó de régimen. En efecto, está probado que dicha AFP le explicó al Demandante, las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sus diferencias

frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las consecuencias derivadas del traslado de régimen con base en la normatividad vigente para tal fecha.

Con base en dicha información, el Demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, tomó la decisión de vincularse al RAIS. También quedó probada la voluntad del Demandante de continuar afiliado al RAIS, al no haber ejercido su derecho al retracto, al haber efectuado cotizaciones por más de 21 años.

Así mismo, también hay evidencia de que para la fecha en la cual el Demandante tomó la decisión de trasladarse nuevamente al RPM ya se encontraba inmersa dentro la prohibición contenida en el literal e) del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en el cual el Tribunal llegare a confirmar la nulidad o ineficacia del traslado de la Demandante al RAIS, solicitamos que, con base en lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., se revoque la condena consistente en trasladar la totalidad de los rendimientos financieros, los descuentos al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, los gastos de administración y comisiones, debido a que dicha condena desconoce el hecho de que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y que constituyen un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia.

Como la consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia, es crear la ficción jurídica de que la parte actora nunca estuvo afiliada en el régimen de ahorro individual y en su lugar, se considera que la misma siempre estuvo vinculada en RPM, se puede compartirla idea de que todos los aportes realizados por el afiliado, deban ser trasladados a COLPENSIONES, sin embargo, no debe pasar lo mismo en relación con los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, pues si la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que aquella nunca estuvo afiliada al RAIS, los rendimientos que debería girar la AFP serían los rendimientos que dichos aportes hubieran generado en el RPM; esto es, los rendimientos del RISS.

Sin embargo, en caso de que el Tribunal no se encuentre de acuerdo con lo anterior y confirmare la condena de trasladar la totalidad de los rendimientos financieros generados en el RAIS, debe modificar la sentencia en el sentido de autorizar a PORVENIR a descontar de tal concepto, las restituciones mutuas a que haya lugar, pues sin importar la causa que haya dado origen a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, se debe reconocer a PORVENIR las expensas de los gastos que la misma realizó en favor de la demandante, en procura de generar dichos rendimientos, bien sea i) descontando el porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que la parte actora estuvo vinculada a PORVENIR o bien ii) pagando el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos. En cuanto a las primas de reaseguro con destino al FOGAFIN fueron pagadas a dicha persona jurídica, autónoma, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por lo tanto, no hacen parte del patrimonio de la AFP, ni de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Lo propio sucede con las primas de los seguros previsionales que han pagado las AFPS a las aseguradoras; personas jurídicas distintas a las AFPS, con el fin de financiar las pensiones de sobrevivientes e invalidez de sus afiliados. En relación con el porcentaje destinado a la cuenta especial del FOGAPEMI, siempre se traslada a COLPENSIONES, pero no con cargo al propio patrimonio de las AFPS sino con cargo a la cuenta especial; por lo cual, es injusto que se obligue a la AFP a asumir un doble pago por el mismo concepto.

En este sentido, es de reiterar que estos aportes no hacen parte del patrimonio de las AFPS pues son contribuciones parafiscales. Obligar a las AFPS a asumir el pago de dicho concepto con cargo a su propio patrimonio, equivaldría a generar un perjuicio patrimonial a la AFP, que no está en la obligación legal de asumir, además que representaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. En cuanto a la condena en costas estamos en total desacuerdo, ya que PORVENIR, actuó con base en la normatividad vigente al momento en que el demandante se trasladó de régimen. La facultad y competencia para declarar la ineficacia de un traslado recae, de forma exclusiva, en la Justicia Ordinaria.

Alegatos Colpensiones:

Entidad que señaló: Señores magistrados, me permito presentar alegatos de conclusión en el proceso promovido por el señor Luis Alfonso Prieto Cristancho en la cual se condenó a la AFP PORVENIR a devolver al demandante al RPM y a COLPENSIONES a recibir al demandante nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida el cual fue no objeto de apelación por mi representada por ello le solicito respetuosamente analizar los siguientes conceptos: La sentencia proferida por el a quo, respecto a la obligación de Colpensiones de recibir a los afiliados que judicialmente deben trasladarse al RPM sin consideración de las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan y al tener que asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la cual en principio no hizo parte, es decir, la forma en que se vincula a Colpensiones en los procesos judiciales como litisconsortes necesarios, partiendo de la base que esta Administradora no participó en la celebración del contrato de vinculación, ni hizo parte del uso de maniobras contrarias a la ley para obtener el traslado de los aportes de los afiliados con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

La voluntad de la parte actora de poder emigrar de un régimen a otro fue un derecho que ejerció al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, hecho ajeno a Colpensiones y contemplado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal e.

Ahora bien, la parte actora argumenta que la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios en el consentimiento, ausencia de consentimiento informado, el abuso de la posición contractual, y la manipulación de la información, e indican, que, de haber sido el afiliado suficientemente informado sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, no habría aceptado el traslado. Posición que nos lleva a evaluar otro punto que sería la carga dinámica de la prueba.

La parte actora es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del código civil, ya que en el plenario no se acreditó lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas. Es importante resaltar en este punto que el desconocimiento de la ley en Colombia no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado y por el contrario existe un gran vacío al respecto.

Así pues, el error alegado y aceptado por el Juez quinto Laboral claramente se desvirtúa, no existe prueba que permita tener como cierto lo afirmado en la demanda. Posición que nos lleva a evaluar el tercer punto que sería la carga dinámica de la prueba. En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en cabeza de los fondos de pensiones, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. Exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones. Posición que conlleva a el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, lo cual no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la futura prestación, generándose para esta un desequilibrio financiero. En la actualidad las decisiones tomadas por los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia de afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo, desdibujando totalmente el Régimen de Prima Media.

Ahora bien, si esta honorable corporación considera procedente la teoría de la ineficacia concedida por el a quo, se solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior a raíz de que si el afiliado no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno; Igualmente, es importante que ustedes señores magistrados tengan presente al momento de fallar que la entidad que represento es de orden público y va entrar en un detrimento patrimonial si debe reconocer una pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado en el tiempo que duro su vínculo con el Régimen de Ahorro individual. Para lo anterior se solicita tener presente sentencias muy recientes de la Honorable Corte Suprema de Justicia que regulan al respecto, tales como las SL 1421, SL 1452 y SL 1688 todas del año 2019.

Donde se indica que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles, motivo por el cual se reitera la solicitud de devolución de todos los rubros.

Cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v) Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, todo ello de manera indexada al régimen de prima media con prestación definida. En caso de que se declare la ineficacia por parte del

Juez, este deberá asegurar la devolución íntegra de recursos al RPM de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, esto es: los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus respectivos rendimientos, y los porcentajes correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía pensión mínima, debidamente indexados. Ello que comprenda los siguientes conceptos: • Saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual • Porcentajes correspondientes a gastos de administración • Primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia • Porcentaje destinado al fondo de garantía pensión mínima Todo lo anterior debidamente indexado. Es necesario que en el resuelve de la decisión judicial se especifique que la obligación de COLPENSIONES queda sujeta a condición hasta tanto no se cumpla con las obligaciones a cargo de la PORVENIR S.A. en la medida que en un primer momento depende de la gestión a cargo de dicha AFP anular el traslado del demandante afiliado en el SIAFP, y el respectivo aplicativo MANTIS, sin lo cual, la persona no queda válidamente afiliada a Colpensiones.

Finalmente solicito se condicione la reactivación de la afiliación del demandante al RPMPD, una vez efectuado en debida forma y sin errores el traslado de información y recursos por parte de la AFP PORVENIR S.A., de igual manera, es necesario precisar que el pago se debe realizar discriminando el valor que corresponde a cada concepto, por cuanto el pago de una suma única totalizada impide establecer si cada concepto fue satisfecho en debida forma.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen de la demandante resulta o no eficaz, (ii) establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia, (iii) revisar si operó la prescripción y si debe ordenar la indexación de las sumas a trasladar, así como si procede absolver a Porvenir de las costas procesales.

Pruebas relevantes

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

1. El señor Luis Alfonso Prieto Cristancho fue afiliado al ISS hoy Colpensiones, el 08 de agosto de 1985.
2. El actor se trasladó a Porvenir S.A., el 1 de julio de 2002, fondo en el cual permanece.

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, 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 SL-755-2022.

En las providencias citadas 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 a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) 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 a través de **Porvenir S.A.** se realizó el día **1 de julio de 2002**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante 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.

En lo que respecta al caso de autos, **Porvenir S.A.** en su recurso señala que se cumplió con los parámetros en la información que eran exigibles para el momento del traslado, sin embargo, más allá de esta afirmación no se encuentra en el proceso que la administradora a través de la que se dio el traslado al RAIS suministrara una información necesaria y transparente, prueba que no se desprende la suscripción del formulario de afiliación¹, puesto que debe recordarse que la firma de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios² pero no informado.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, 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

¹En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

² Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

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.

A partir de lo expuesto, encuentra la Sala que al no demostrar **Porvenir S.A.** que cumpliera con su deber de informar al momento de la vinculación inicial al RAIS, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **confirmará** el fallo de primera instancia.

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia ordenó a las administradoras del RAIS trasladar a **Colpensiones**, los gastos o cuotas de administración, las sumas de los seguros previsionales y los aportes efectuados al fondo de garantía de la pensión mínima debidamente indexados, por los periodos en que estuvo vigente la vinculación a las mismas.

A estas condenas se opusieron las apoderadas de **Porvenir S.A.**, bajo 3 argumentos generales (i) los gastos de administración y seguros previsionales se cobran por ministerio de la ley y por el cumplimiento de una gestión por lo que tienen derecho a conservarlos, (ii) la declaratoria de ineficacia no puede implicar la devolución de los gastos de administración, pues de aplicarse de forma irrestricta el artículo 1746 del Código Civil, esto llevaría a que no haya lugar al traslado de los rendimientos obtenidos y (iii) las sumas pagadas por seguros previsionales se encuentran en poder de las aseguradoras y cumplieron con su finalidad de cubrir las contingencias de invalidez y muerte.

Con el fin de dar respuesta a estos argumentos y de paso resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor a **Colpensiones**, es relevante recordar que en este caso se está aplicando la ineficacia, como respuesta jurídica del ordenamiento jurídico por 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.

En ese orden, es importante hacer énfasis en lo enseñado 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.

Siguiendo esta enseñanza 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 las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones**, todos los conceptos que recibieron, puesto que, los mismos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho el demandante.

La forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL-2877-2020, en la que al respecto se expresó:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

En virtud de lo expuesto para la Sala es claro que durante el periodo en que el actor estuvo vinculado a la administradora del RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Finalmente, en lo que toca con lo pagado por primas de seguros previsionales, debe indicarse que tales pagos obedecieron a la vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones del RAIS, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, siendo un claro ejemplo de esta tesis la reciente SL-755-2022.

Así las cosas, queda resuelto el recurso presentado por la apoderada de **Porvenir S.A.**, indicando que se desestima su solicitud, sin embargo, siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta 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 RPM³.
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 comprador⁴.
3. Los **gastos de administración**⁵, concepto consagra 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, primas de seguros del Fogafín y la comisión correspondiente 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

³Se 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, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

⁴Se 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, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

⁵Se deben asumir por el fondo de pensiones con cargo en su propio patrimonio y de forma indexada. En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁶, (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 pensiones⁷.

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 2016⁸.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y en ese sentido se **confirmará** la decisión de primera instancia, debiendo ser **ADICIONADA** para ordenar a **Porvenir S.A.**, que traslade a Colpensiones las sumas descontadas por prima de reaseguros del Fogafín, en caso de haberse realizado esos descuentos, durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del actor a dicho fondo, traslado que debe efectuar debidamente indexado.

De la condena a indexación

Por último, en lo referente a la indexación de las sumas a trasladar, es relevante recordar que tal orden se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008 y SL5686 y 5690 de 2021.

De la excepción de prescripción

⁶Sentencia SL-4360-2019.

⁷Sentencia SL-2877-2020.

⁸En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, 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. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL- 3202 de 2021 y SL 3199 de 2021.

De la condena en costas

Con relación a este aspecto motivo de discusión por parte de la apoderada de **Porvenir S.A.**, debe indicar la Sala que, que no es procedente la solicitud, toda vez que las costas se imponen como un criterio objetivo y para el caso fue quien ocasionó el traslado. Por lo que se mantiene las costas impuestas al fondo privado.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., a favor del demandante, las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.300.000.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el día **14 de diciembre de 2023**, en el proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS ALFONSO PRIETO CRISTANCHO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**.

ADICIONADA para ordenar a **Porvenir S.A.**, que traslade a Colpensiones las sumas descontadas por prima de reaseguros del Fogafín, en caso de haberse realizado esos descuentos, durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del actor a dicho fondo, traslado que debe efectuar trasladar indexado.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., a favor del demandante, las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.300.000.

Radicado 05001-31-05-018-2022-00439-01
Radicado Interno: P00824
Asunto: Confirma y adiciona sentencia

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO