



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Jaime Ignacio Gómez Taborda
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-012-2020-00284
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El quince (15) de diciembre 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 **353** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **JAIME IGNACIO GÓMEZ TABORDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.** con radicado **05-001-31-05-012-2020-00284**.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a PORVENIR S.A., debiendo declarar válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM.

Que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes que se efectuó al RAIS, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, debiendo COLPENSIONES tener como válida, vigente y continua la afiliación al RPM. Y que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

• **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones indicó que nació el 13 de mayo de 1961, por lo que cuenta con 59 años. Que inició a cotizar al ISS desde marzo de 1982 hasta el mes de marzo de 1994, año en el que se trasladó al RAIS. Que en el mes de abril de 1994 inició cotizaciones a PORVENIR S.A. y actualmente esta es quien cubre los riesgos de IVM. Que no le dieron la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos. Que con una buena asesoría se hubiese podido evidenciar que le resultaba más beneficioso quedarse en el RPM dado las situaciones particulares como la fecha de ingreso al empleo y su IBL, no resultaban aptos para pertenecer al RAIS. Que la asesoría solo se limitó a informar sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado, además, el comportamiento del asesor al momento de la afiliación se generó por la dinámica de libre competencia de los negocios, agresiva e indiscriminada campaña comercial, con el fin de obtener el mayor número de afiliados nuevos. Que no se le explicó los riesgos y beneficios de ambos regímenes. Que el 7 de febrero de 2020 envió derecho de petición a PORVENIR S.A. solicitando la prueba de la asesoría y reasesoría, como también, la autorización de traslado al RPM sin que a la fecha se dé respuesta. Que en enero de 2020 envió solicitud de afiliación y autorización de traslado al RPM, y el 11 de febrero de 2020 recibió respuesta negativa a dicha solicitud, agotándose la etapa de reclamación previa antes de presentar la demanda. Que el daño en su mesada pensional y en su derecho a la seguridad social es latente. Y que es notorio el detrimento en la mesada que obtendría en PORVENIR S.A. en comparación al RPM.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que es cierto su fecha de nacimiento y su edad. Que no es cierto que inició a cotizar desde las fechas mencionadas, toda vez que estuvo afiliado desde el 5 de marzo de 1982 hasta el 30 de junio de 1994. Que no le constan los hechos y solicitudes relacionadas con otras entidades. Que el derecho de petición fue recibido por COLPENSIONES el 7 de febrero de 2020 y que es cierto que se le dio

respuesta negativa. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demandada, manifestó que no le consta su fecha de nacimiento y su edad, por ser un hecho personalísimo. Que no le consta los hechos relacionados a una administradora ajena a PORVENIR S.A. Que no es cierto como se presenta, pues el demandante suscribió formulario el 24 de junio de 1994 y su afiliación se hizo efectiva el 1° de julio de 1994. Que no es cierto que no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión, toda vez que, el traslado se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha. Que no es cierto que, una buena asesoría le hubiese permitido al actor evidenciar que le resultara más beneficioso, pues este no es un hecho sino una percepción sobre la situación. Que no es cierto que, al momento de la asesoría no se tuvo en cuenta las condiciones particulares y se limitaron a informar sobre rentabilidad y las fluctuaciones del mercado, este es un hecho contradictorio, teniendo en cuenta que estas son características propias del RAIS. Que no es cierto que, el comportamiento del asesor se generó por la libre competencia y agresiva e indiscriminada campaña comercial. Que no es cierto que al actor no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios de ambos regímenes. Que no es cierto que se envió derecho de petición. Que no les consta las solicitudes ni las respuestas elevadas a otras entidades. Que no es cierto que el actor va a sufrir daños en su mesada pensional. Que no le consta las proyecciones realizadas por terceros. Que no es cierto que si PORVENIR S.A. hubiere informado sobre los panoramas económicos, en su sana lógica no hubiese tomado la decisión de afiliarse al RAIS, teniendo en cuenta que no se trata de un hecho, sino de una percepción sobre su situación. Y que no es cierto que se evidencie la diferencia sustancial en la mesada pensional en ambos regímenes. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 21 de junio de 2022, el Juzgado Decimosegundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A.,

entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión, expuso que PORVENIR S.A tenía la obligación de brindar información completa y comprensible, que permitiera que la decisión fuera informada y voluntaria. Que era el fondo privado quien tenía la carga de probar su diligencia y cuidado al momento de brindar la información veraz, completa, suficiente y oportuna sobre las implicaciones que le acarrearba el traslado de régimen en el caso en particular, de manera clara, detallada y documentada, señalándole cuáles eran las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Y que la administradora no aportó prueba del cumplimiento de dicha obligación o con el deber de información y del buen consejo, por lo que el acto de afiliación es ineficaz.

En consecuencia, **CONDENÓ** a PORVENIR S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos del actor, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

CONDENÓ a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación del demandante al RPM, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que las semanas acreditadas se refleje en su historia laboral.

DECLARÓ infundada la excepción de prescripción y compensación.

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

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

La apoderada de la entidad, presentó su recurso parcial, solicitando que se revoque y en consecuencia se absuelva a PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que, para la fecha de la vinculación del actor, se cumplieron con los requisitos legales vigentes para el momento y se dejó como soporte documental el formulario de afiliación el cual era el documento necesario y vigente para demostrar la decisión libre, voluntaria e informada, y además, fue avalado por la Superintendencia Bancaria con lo cual existió una confianza legítima con PORVENIR S.A. frente a la forma como se estaba realizando las vinculaciones de los diferentes afiliados. Que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 estableció que no se podían rechazar las vinculaciones que se elevaran contra la misma y de hacerlo se estaría en contravía de esta normatividad. Que al actor se le brindó información de manera constante mediante la entrega de notificaciones y a pesar de conocer que se encontraba en un régimen privado, en ningún momento decidió o realizó algún tipo de gestión tendiente a regresar al ISS, y ahora lo que pretende es la obtención de un mejor beneficio económico en COLPENSIONES, pues considera que su proyección pensional en uno u otro régimen, no cumple las expectativas pensionales esperadas por el ante PORVENIR S.A. Que, si se considera que se ha de dejar en firme la ineficacia, y por ende el traslado, solicita que se reconsidere lo referente a las comisiones de administración, ya que fueron debidamente administradas para generar los rendimientos, que superan los que hubiese generado en COLPENSIONES de haber permanecido en el mismo y que al ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar las comisiones de administración como los rendimientos, se está generando una doble condena en contra de la misma. Que frente a los seguros previsionales fueron necesarios para generar un cubriendo de invalidez y la sobrevivencia, y estos no deberían ser parte del fondo común de COLPENSIONES. Y que lo referente a la indexación no tendría soporte frente a lo mismo y más si se tiene en cuenta que se esté ordenando a trasladar rendimientos generados con lo cual habría una compensación entre uno y otro.

De igual forma, la presente sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a Colpensiones.

- **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

Señaló en sus alegatos que no se comparte lo concerniente a lo dispuesto en el escrito introductorio se trata de negociaciones indefinidas, ya que era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, y no solo manifestar no haber recibido información. Que las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil. Que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba para el proceso laboral, lo que implica que es al juez, en cada caso concreto, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la valoración de la prueba y deducir si una proposición fáctica se encuentra probada. Que la Corte Suprema de Justicia, determinan prácticamente el establecimiento de un estándar probatorio que resulta imposible, concluyendo que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado. Que se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Que se debe tener en cuenta lo manifestado en la sentencia SL3537-2021 y su salvamento de voto. Y que en el evento que se acceda a las pretensiones se ordene la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el RAIS.

✓ PORVENIR S.A.:

Indicó en sus alegatos que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza. Que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información, y le entregó información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo formulario de afiliación. Que la parte actora contó con varias oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo. Que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre ambos regímenes. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de presa

informando cambios normativos. Que los documentos que acrediten la entrega de información no era una obligación vigente para el momento del traslado del actor. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014, y por ende tales obligaciones no existían para la época de afiliación y estas no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que se avizora un incumplimiento de la parte actora del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. Que las condiciones del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa. Que la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante debe ser revocada. Que si se deja en firma dicha decisión se solicita que no se condene a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentra en el patrimonio de PORVENIR S.A. Y que respecto de las costas se debe de tener en cuenta que PORVENIR S.A. siempre obro de buena fe y de manera objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales para la época en que se dio el traslado.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación del señor JAIME IGNACIO GÓMEZ TABORDA a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; *iii)* y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y

SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, 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 en 1994 ingresó a laborar a una empresa llamada COLORMATE, y firmó unos documentos donde estaba el de HORIZONTE, sin saber que era una empresa de fondo de pensiones. Que no recibió asesoría ni tampoco leyó el formulario de afiliación antes de firmarlo. Que era obligación estar en un fondo de pensiones y por eso debía de firmarlo. Que se dio cuenta tiempo después que estaba afiliado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. porque le llegaron unos correos físicos de estado de cuenta de pensiones. Que, en el año 2011, cuando ingresó al sector público se acercó a PORVENIR S.A. para ver la posibilidad si se podía pensionar porque había sido independiente mucho tiempo. Que no realizó aportes voluntarios. Que desea regresar a COLPENSIONES, debido a que PORVENIR S.A. no cumple con las expectativas en términos económicos. Que no fue reasesorado antes de cumplir los 52 años. Y que nunca le hablaron sobre el derecho de retracto.

En lo que respecta a 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

se anexó el documento de folio 27, de la contestación de la demanda, esto es, el formulario de afiliación, lo cual permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

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

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

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS del actor fue el 24 de junio de 1994, 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 **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

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

Ahora bien, con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello 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 la apelación y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

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

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

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

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.

seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

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

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

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

Por lo anterior, **PORVENIR S.A.**, además de lo ordenado por la juez y teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema, deberá también devolver lo correspondiente a la **prima de reaseguro de Fogafín** debidamente **indexadas** con cargo a sus propios recursos, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688 de 2019, postura que comparte la Sala, debiéndose en este aspecto **ADICIONAR** la sentencia.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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

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

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

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.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. por no salir avante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, la **prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

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

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

(Sin firma por ausencia justificada)
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	Jaime Ignacio Gómez Taborda
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 012-2020-00284
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 16 de diciembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 16 de diciembre de 2022 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO