



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Oscar Jairo Restrepo Giraldo
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-016-2019-00293
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, revoca 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 **346** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **OSCAR JAIRO RESTREPO GIRALDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-016-2019-00293**.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** por existir vicios en el consentimiento, debiéndose ordenar que las cosas vuelvan a su estado anterior, declarando también omisivo de brindar información a **COLPENSIONES**.

Como consecuencia, solicita se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a autorizar el traslado y afiliación al **RPM**, y a devolver todos los aportes realizados, junto a sus rendimientos debidamente indexados, debiendo ser aceptados por **COLPENSIONES** al igual que su afiliación sin solución de continuidad, y que

en su momento se proceda a conceder la pensión de vejez. Y que se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS**

Como supuestos fácticos de las pretensiones señaló que nació el 2 de octubre de 1960. Que se afilió al ISS el 10 de septiembre de 1979. Que en el mes de mayo de 1996 se trasladó a PORVENIR S.A. Que en julio de 1997 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra actualmente, ya que era la mejor opción para acceder a la pensión de vejez. Que al momento del traslado al RAIS por parte de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., no se le analizaron las ventajas y desventajas del traslado, ni efectuaron las proyecciones. Que no se le informó sobre el año de gracia para poderse trasladar. Que PROTECCIÓN S.A fue omisiva por segunda vez al no haberle brindado una reasesoría. Que solicitó a PROTECCIÓN S.A una proyección de su pensión, dándole respuesta vía telefónica, que al cumplir los 62 años percibiría una pensión de \$1'254.604. Y que solicitó a COLPENSIONES que se aceptara su devolución el RAIS, solicitud que fue rechazada el 25 de agosto de 2018.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta el inicio de sus cotizaciones al RPM. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de otras entidades. Y que no le consta la solicitud realizada a COLPENSIONES, sin embargo, se adhiere a la probado en el proceso. Se opuso a las pretensiones, y presentó varias excepciones de fondo.

- ✓ PORVENIR S.A.:

En lo que respecta a los hechos de la demanda expuso que no le constan la fecha de nacimiento ni la afiliación al RPM. Que no es cierto que el traslado en 1994, no se haya hecho de forma libre e informada. Que no es cierto que no se le haya brindado una asesoría, ya que esta fue de manera detallada en donde se le informó de todos los por menores, llevando a su cabalidad el deber

legal de información. Que no es cierto que no se le haya brindado la información sobre el año de gracia, ya que la entidad siempre le garantizó el derecho a retractarse. Y que no le consta los hechos que van dirigidos contra otras entidades. Se opuso a las pretensiones. Y propuso varias excepciones de mérito.

✓ **PROTECCIÓN S.A.:**

Indicó en la contestación que es cierta la fecha de nacimiento del demandante. Que no le consta la afiliación al ISS ni a PORVENIR S.A. Que no es cierto que el demandante se haya afiliado a PROTECCIÓN S.A en julio de 1997, ya que fue el 26 de junio de 1997 de conformidad el formulario de afiliación y el SIAFP. Que no es cierto que al demandante se la haya manifestado por parte de la entidad que el RAIS era mejor que el RPM, ya que se le suministró información objetiva e integral donde se le habló de las ventajas y desventajas por parte de los asesores de PROTECCIÓN S.A. Que no es cierto que la AFP le hay hecho creer al demandante que trasladándose al RAIS tendría una pensión de vejez mucho mejor. Que el demandante fue reasesorado el 27 de septiembre de 2012, previo al cumplimiento de los 52 años. Que no es cierto que la entidad le haya brindado respuesta a su solicitud de manera telefónica, por temas de protocolos. Y que es cierto que el demandante elevó solicitud a la entidad, pero que no le consta las solicitudes a las demás entidades. Se opuso a todas las pretensiones, y planteó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 08 de junio de 2022, el Juzgado Decimosexto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante, efectuada al RAIS el 19 de abril de 1994 y posterior traslado a PORTECCIÓN S.A. en el año 1997, y, en consecuencia, **DECLARÓ** para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Como argumento de su decisión expuso que, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial expuesto por la Corte Suprema de Justicia, si bien el formulario de afiliación es prueba de un consentimiento, existe una exigencia adicional la cual consiste en un consentimiento informado, siendo la carga en cabeza de

los fondos privados en el sentido de probar que, si se brindó una información suficiente, veraz y completa al momento de la afiliación, lo cual no se probó.

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

ORDENÓ a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES, dentro de un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia para cada uno de los fondos, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, *sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto*, argumentando que se considera que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado.

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

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

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

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

• **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

En su recurso de apelación, solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a PORVENIR S.A de todas las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que es claro el principio que la ignorancia de la ley no sirve como excusa, siendo una presunción legal que implica un conocimiento por todos sus habitantes, ya que las condiciones del sistema pensional tanto del RPM y del RAIS, están establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que partir de su promulgación esta debió ser conocida por todos los habitantes del territorio colombiano. Que sería obligación legal del actor conocer la ley que regula estos aspectos, por lo tanto, no puede manifestar que desconocía las características del sistema pensional. Que el demandante debía conocer la información que le permitía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que PORVENIR S.A haya abusado de una posición dominante. Que el formulario es un documento público que se presume auténtico y dicha presunción no se desvirtuó en el proceso, y era el único documento que se exigía para esa época para demostrar que se había cumplido con su obligación, es así que no se puede obligar a nadie a lo imposible como aportar una documentación que no se exigía al momento de la afiliación. Que en lo que respecta a las condenas impuestas a PORVENIR S.A no se pueden trasladar dichos valores, ya que el demandante no se encuentra afiliado a dicha entidad, además de devolver esto se configuraría en un enriquecimiento ilícito en favor de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no realizó ningún tipo de administración, por lo anterior, solo se deberán devolver las cotizaciones con sus rendimientos. Y que, frente a las sumas de gastos de administración y seguros previsionales, opera la prescripción, toda vez que no financian el derecho pensional.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Manifestó en sus alegatos que no se debe acoger la sentencia del juzgado, toda vez que se debe seguir lo estipulado 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. Que se debe tener en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema,

ya que se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Que también se debe entrar a valorar la información brindada en el momento del traslado, pues no se puede imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Y que, de confirmarse la sentencia, se debe tener en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno al contrato celebrado, por lo que no puede existir en su contra condena alguna, debiéndose entregar la totalidad de los valores cotizados por el demandante en la RAIS.

✓ DEMANDANTE:

Manifestó en sus alegatos de conclusión que, se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que durante el proceso PORVENIR S.A no demostró que al demandante se le brindó una información clara, precisa y completa ante de realizar el cambio. Que según el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 las AFP, tienen el deber legal de información ilustrando todas las características del fondo privado. Y que como se ha dejado de presente en distintas sentencias, debe existir un consentimiento y voluntariedad de la persona que se va a afiliar al fondo, y que la sola firma del formulario no se puede tener como eximente de responsabilidad de las AFP.

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 OSCAR JAIRO RESTREPO GIRALDO a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; **ii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados; **iii)** la devolución o no del bono pensional; **iv)** y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que en 1994 llegó a trabajar en la empresa El Forista Televisión, y que la encargada del personal en la empresa le dio una serie de documentos para firmar y junto a ellos se encontraban los formularios de afiliación, ya que debía afiliarse a un fondo. Que no recibió ningún tipo de asesoría por parte de algún representante de PORVENIR S.A., que solo tuvo contacto con la persona encargada del personal de la empresa. Que para esa época no tenía muy claro como funcionaban los fondos, como tampoco tenía claro como se podía pensionar en el ISS. Que no conocía los beneficios o pormenores de cada fondo. Que no le realizó ninguna pregunta a la persona que le entregó el formulario para firmar. Que no fue condición estar afiliado a PORVENIR S.A., solo se le mencionó que tenía que estar afiliado como todo el personal de la empresa. Que nunca se acercó a las oficinas de PORVENIR S.A., para recibir algún tipo de información. Que no leyó el formulario que le dieron a firmar. Que se pasó de fondo a PROTECCIÓN S.A., ya que cambió de trabajo, la diferencia es que si había un asesor de ese fondo y quien fue quien le entregó el formulario. Que no se le explicó cómo se construía la mesada pensional. Que solo sabía que de la quincena se le descontaba una parte de para construir la mesada. Que no ha iniciado ningún trámite para adquirir su pensión. Que hace 8 o 9 años aproximadamente lo citaron a las oficinas de PROTECCIÓN S.A y le brindaron una reasesoría, pero la información que le brindaron no le quedó muy clara. Que después de habersele enseñado las proyecciones, se le indicó que le convenía más quedarse en la AFP. Y que ha recibido extractos de PROTECCIÓN S.A. pero no los entiende.

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.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por el demandante, no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A ni PROTECCIÓN S.A, pues si bien se anexaron los documento visible de folios 35 de los anexos de la contestación de PORVENIR S.A y 12 de los anexos de la contestación de PROTECCIÓN S.A., esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por el demandante, que permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que estos documentos no son pruebas suficientes para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

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

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

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

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

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

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS del actor fue efectuado el 19 de abril de 1994 a PORVENIR S.A., lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los*

términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

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

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada a PORVENIR S.A. en el año 1994, y no con los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

*“Por último, considera también la Sala que **la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional**, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).”* (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea

jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

En el caso de autos, vale hacer una precisión que si bien al actor se le realizó una reasesoría el día 27 de septiembre de 2012 (anexos contestación PROTECCIÓN S.A., folio 13), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en el año 1994, la cual generó en ineficacia, y, por lo tanto, es desde allí que todas las actuaciones no producen sus efectos propios.

Se tiene entonces que, PORVENIR S.A., como primer fondo al que se trasladó el demandante, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privados:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la

totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

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.

pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

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

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

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

De igual manera, ateniendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema y que la presente sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta, también se deberá **ADICIONAR** la sentencia, para ordenarle a **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los **gastos de administración**, que se componen del pago efectuado a *los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes*

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.

a la AFP por su gestión, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, por la pérdida adquisitiva del peso colombiano, pero haciendo la claridad que es **por el tiempo en que el demandante permaneció allí**.

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto las recientes providencias de la Corte Suprema de Justicia como lo son las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá **ADICIONAR** las condenas proferidas a los fondos privados, para ordenarle que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

iii. Bonos pensionales

En lo que respecta a la orden dada por el juez a los fondos privados de devolver los bonos pensionales a que haya lugar, se tiene pues que la redención normal del mismo sería para el 2 de octubre de 2022, fecha en la que el demandante cumpliría los 62 años de edad; sin embargo, hay que tener en cuenta que, previo al pago del bono, debe surtir varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la afiliación válida del demandante es la efectuada al régimen de prima media, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo que haya lugar. Por tal razón dicha orden deberá **REVOCARSE**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

iv. Excepción de prescripción de la acción.

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

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

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** y a los demás fondos privados.

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

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.**, como primer fondo privado que recibió al demandante, trasladar a COLPENSIONES, los **gastos de administración** debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, **por el lapso de tiempo que la actora permaneció allí.**

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

QUINTO: Se **ADICIONA** la sentencia, y se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.**, que, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación del demandante, estos conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

SÉPTIMO: Costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Rdo. 05-001-31-05-016-2019-00293
SA 190-22

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	Oscar Jairo Restrepo Giraldo
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-016-2019-00293
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

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

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 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