



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Laureano Clemente Gutiérrez Hinojosa
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-013-2021-00296
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 **341** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido **LAUREANO CLEMENTE GUTIÉRREZ HINOJOSA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIRS.A.**, con radicado **05-001-31-05-013-2021-00296**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferido por el doctor **FABIO ANDRES VALLEJO CHANCI**, en calidad de apoderado judicial para procesos de **COLPENSIONES** de la firma a **PALACIO CONSULTORES S.A.S**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **CARMEN YOJANA RAMIREZ VILLEGAS**, identificada con cédula de ciudadanía N° 43.209.298 y portadora de la tarjeta profesional N° 157.953 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad de **COLPENSIONES**.

Y, así mismo, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. **OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO**, identificado con cédula de

ciudadanía N° 1.017.267.151 y portador de la tarjeta profesional N° 380.131, para que continúe la representación de PORVENIR S.A.

- **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad del traslado realizado a PORVENIR S.A., debiendo volver todas las cosas al estado en que se encontraban entendiéndose que siempre estuvo vinculado al RPM sin solución de continuidad.

Y como consecuencia, se condene al traslado de PORVENIR S.A a COLPENSIONES y que esta acepte su traslado, y que PORVENIR S.A. traslade todos los aportes obligatorios, bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos a COLPENSIONES, debiendo COLPENSIONES recibir todos los aportes trasladados. Y que se condenen a las demandadas en costas.

- **HECHOS:**

Como supuestos facticos de las pretensiones manifestó que, cuenta con 63 años y que se encuentra afiliado actualmente a PORVENIR S.A. Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES en el año 1999, cuando inició su vida laboral. Que, en el año 2001, cuando laboraba para el Concejo de Bogotá, recibió una visita de asesores de PORVENIR S.A quienes le aseguraron que si se trasladaba contaría con una mejor pensión, la posibilidad de pensionarse en cualquier tiempo, y un sin número de ventajas, adicionalmente le mencionaron que el ISS iba a liquidarse, perdiendo su tiempo y dinero. Que la AFP no le brindó ningún tipo de asesoría ni suministró ningún tipo de información para poder entender el alcance de su decisión. Que no tuvo asesoría jurídica, económica o financiera por parte de PORVENIR S.A., ni un estudio detallado o comparativo para el traslado. Que no se le explicaron los requisitos para pensionarse en ambos regímenes, ni el derecho de retractarse de su afiliación al RAIS. Que nunca se le brindó información sobre el saldo con el que debía contar para poder obtener su pensión y que además no se le informó que el monto de su mesada pensional dependía también de los miembros de su grupo de familia, del movimiento del mercado, y de la redención del bono pensional a los 62 años. Que en el año 2010 estando cerca a los 62 años no se le realizó la reasesoría. Que el 13 de mayo de 2021, radicó ante

COLPENSIONES derecho de petición donde se solicitó el traslado al RPM junto con sus aportes, solicitud que fue negada el 14 de mayo de 2010. Y que el 13 de mayo de 2010 radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A. que mediante oficio del 8 de junio de 2021, la entidad demandada evidencia las deficiencias en la asesoría prestada y se abstiene al realizar el cálculo de la mesada pensional en el RPM.

• **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda indicó que es cierta la edad del demandante y que en la actualidad es cierto que está afiliado a PORVENIR S.A. Que es cierto que el demandante se afilio al ISS en 1999. Que es cierto que el demandante elevó derecho de petición ante la entidad solicitando su traslado, y que la petición fue negada por la entidad. Y que los demás hechos no le constan por tratarse de circunstancias fácticas ajenas a la entidad. Se opuso a todas las pretensiones, y propuso varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

Se pronunció frente a los hechos indicando que no le consta la edad del demandante pero que cierto que es encuentra actualmente afiliado a la AFP. Que no le consta su afiliación al ISS ni su vinculación laboral. Que no es cierto que el demandante no haya recibido información clara, veraz y suficiente por parte de la entidad, toda vez que durante la afiliación se le brindó una continua asesoría e información relacionada con las condiciones del régimen. Que no es cierto que previo a la afiliación PORVENIR S.A. no haya dado a conocer las condiciones y características, régimen pensional y de transición, sobre los bonos pensionales y requisitos para adquirir la pensión. Que no es cierto que al demandante no se le haya ilustrado sobre las bondades y limitaciones de ambos regímenes. Que no es cierto que no se le brindó información sobre la opción de retracto, ya que esta se encuentra expresamente consagrada en el formulario de afiliación. Que no es cierto que la AFP haya realizado un reclutamiento desmedido e irresponsable. Que no le consta el derecho de petición presentado ante COLPENSIONES y la respuesta dada por esta entidad. Y que no es cierto como se presenta lo contestado frente al derecho

de petición presentado ante PORVENIR S.A., pues solo se hace referencia parcial al contenido del documento, así que se atienen al contenido íntegro del documento. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y presentó varias excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 28 de junio de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A.

Como fundamento de su decisión expuso que, los fondos de pensiones tienen el deber de información y correlativamente el afiliado tiene el derecho de recibir la información clara, completa, suficiente, idónea y comprensible. Se debe proporcionar información de cuáles son las ventajas y desventajas de estar afiliados a este régimen pensional. Que PORVENIR S.A. debía demostrar que ilustraron al demandante de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo cual no fue demostrado por el fondo privado, pues éste no logró probar el cumplimiento de este deber, y que ninguna prueba fue conducente y pertinente para acreditar el cumplimiento del deber de información.

Como consecuencia, **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1° de abril de 2001, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos aportes para garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados.

En concordancia, **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.

CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante al régimen de prima media.

DECLARÓ improbadas cada una de las excepciones propuestas por las demandadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A, en favor de la parte demandante.

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó el recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que al demandante se le brindó una asesoría verbal mediante un asesor de la AFP, en el cual se le dio información detallada, clara y precisa sobre todas y cada una de las características del régimen, y como poder obtener pensión anticipada en el mismo. Que se debe tener en cuenta que le formulado de afiliación firmado por el demandante cumple con todas las exigencias de ley y que, si bien se reprocha, para la época era el único soporte documental exigible, por lo cual existía una confianza legítima por parte de la entidad frente a la forma de cómo se estaba llevando a cabo la vinculación. Queda conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, existe una diferencia de varios aspectos, frente a la vinculación del demandante, quedando por fuera del alcance de la entidad proveer los alcances interpretativos frente a la normatividad tan flexible de cómo se debía realizar las vinculaciones o asesorías a los afiliados, y además de debe resaltar que la única motivación de regresar a COLPENSIONES, es la diferencia de la mesada pensional o expectativa. Que para la fecha de traslado, no existía el deber del buen consejo. Y que conforme al artículo 90 de la ley 100 de 1993, los valores descontados en la sentencia no hacen parte del fondo común para financiar la pensión de vejez, ya que estos a fueron pagados a terceros de buena fe y el fondo privado esta imposibilitado a recobrar esos aportes, y que trasladar los rendimientos y cuotas de administración estaría generando una doble condena a PORVENIR S.A y COLPENSIONES se estaría beneficiando de algo en lo que no tuvo incidencia.

De igual forma, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Presentó sus alegatos de conclusión manifestando que esta entidad no tuvo incidencia alguna en el traslado, ya que no participo del mismo; por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no lo pueden perseguir, ni mucho menos afectar. Que se debe tener en cuenta la figura de la inoponibilidad, o en subsidio el test de proporcionalidad, y el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Que la decisión judicial de ineficacia, repercute en cabeza de COLPENSIONES, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados. Y que, en caso de confirmarse la sentencia, se debe realizar la devolución y reintegro de los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta de los demandantes, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, y que dichos rubros sean trasladados de manera indexada. Y que debe ser absuelta de las costas.

- ✓ **DEMANDANTE:**

Presentó alegatos de conclusión solicitando que se conceda las pretensiones formuladas en la demanda, y se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el análisis de las pruebas allegadas al proceso, toda vez que en ningún momento PORVENIR S.A le suministró información adicional sobre las características del fondo para poder obtener la pensión anticipada. Que no se realizó un estudio previsional para tener en cuenta los aspectos particulares del demandante y conocer las ventajas y desventajas del traslado. Que nunca se le explicó al demandante la oportunidad de retractarse. Y es por esto, que PORVENIR S.A no cumplió con su deber legal de información y no probó que obró con diligencia.

- ✓ **PORVENIR S.A.:**

Indicó en sus alegatos que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión del demandante 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 demandante 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 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 LAUREANO CLEMENTE GUTIÉRREZ HINOJOSA 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, 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, en su interrogatorio expuso que en el año 2001 fue nombrado en el Consejo de Bogotá, ese año enviaron unas asesoras de PORVENIR S.A para convencerlo de la conveniencia de trasladarse a la AFP. Que la interacción con las asesoras duró entre 15 y 20 minutos aproximadamente. Que la reunión con las asesoras fue de manera individual. Que la información que le brindaron era que COLPENSIONES iba a terminar y que era más conveniente afiliarse a PORVENIR S.A ya que la mesada sería mejor que en COLPENSIONES. Que para esa época no le explicaron los requisitos que necesitaba para poder pensionarse en una AFP. Que no le explicaron que necesitaba contar con un capital mínimo de ahorro para poderse pensionar. Que no le manifestaron las desventajas que tenía trasladarse a PORVENIR S.A. Que no le explicaron los requisitos para poder pensionarse anticipadamente es decir antes de cumplir la edad mínima. Que no conocía la prohibición de poderse trasladar de fondo al cumplir 52 años. Que no se le manifestó la posibilidad de realizar aportes voluntarios. Que no le explicaron lo concerniente al bono pensional ni sobre los rendimientos. Y que su interés de volver a COLPENSIONES es porque varios amigos y compañeros se han pensionado en PORVENIR S.A con una mesada que es muy mínima.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto

debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que anexó el documento visible de folio 61 de la contestación digitalizada, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por el demandante, que permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

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

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

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

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

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

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS del actor fue el 6 de febrero de 2001, 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 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:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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

del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a los alegatos y 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 ha identificado los siguientes conceptos:

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

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.

desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².

3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

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

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

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

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

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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.

los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con base en el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y al ser la presente decisión revisada en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, **PORVENIR S.A.**, además de lo ordenado por la juez, también deberá devolver lo correspondiente a la **prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en tal sentido.

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 al fondo privado, 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. 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

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.

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** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PORVENIR S.A, por no salir avante su 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.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ya ordenado por la juez, la **prima de**

reaseguro de Fogafin, debidamente **indexada**, con cargo a sus **propios recursos**.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, y se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la 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.

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

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

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

(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	Laureano Clemente Gutiérrez Hinojosa
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 013-2021-00296
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