



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	María del Carmen Jaramillo Quintero
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-018-2020-00407
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 **359** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA DEL CARMEN JARAMILLO QUINTERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA** la con radicado **05-001-31-05-018-2020-00407**.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS, como consecuencia, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** sus cotizaciones con sus respectivos rendimientos que se hubiesen dado en el período en que estuvo afiliada, debiendo **COLPENSIONES** admitirla como afiliada y cotizante al RPM, y a recibir sus cotizaciones con sus correspondientes rendimientos solicitados. Y que se condene a costas procesales.

• **HECHOS:**

Fundamenta sus pretensiones, indicando que nació el 22 de septiembre de 1965 y cuenta con 55 años. Que comenzando su vida laboral se afilió al ISS hoy COLPENSIONES. Que el 18 de abril de 1994 se trasladó para PORVENIR S.A. Que el 05 de julio de 1994 se trasladó a HORIZONTE. Que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 03 de septiembre de 1998, y a PROTECCIÓN S.A. el 28 de noviembre de 2005. Que el funcionario de PORVENIR S.A. no le dio toda la información necesaria para su traslado, ya que se limitó a decir que el ISS se iba a acabar y se quedaría sin pensión, además, que se podría pensionar a cualquier edad, con una pensión mejor, sin explicarle que la pensión anticipada es casi imposible y que para ello son necesarios algunos requisitos difíciles de cumplir. Que nunca le puso en conocimiento de la diferencia en el valor de la mesada pensional entre ambos regímenes. Y que el 28 de octubre de 2020 le solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, al cual se le dio una respuesta negativa.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que no le consta la fecha de nacimiento ni su edad. Que es cierto que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES. Que es cierto que la demandante realizó traslados a fondo privados. Que no le consta los hechos ajenos a COLPENSIONES. Y que es cierto que la demandante solicitó el traslado a COLPENSIONES, como también es cierto la respuesta negativa a esta. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demanda expuso que no le consta su fecha de nacimiento ni su edad. Que no le consta los hechos relacionados con terceros. Que es cierto que el 18 de abril de 1994 se trasladó a PORVENIR S.A. después de haber recibido asesoría completa y objetiva sobre ambos regímenes, y también es cierto que se afilió con HORIZONTE el 5 de julio de 1994. Que no es cierto que el funcionario de PORVENIR S.A. no le haya dado toda la información necesaria para su traslado, toda vez que, después de

haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, la vinculación fue producto de su voluntad y decisión libre e informada. Que no es cierto que al momento de la asesoría no se le puso en conocimiento la diferencia en el valor de la mesada pensional. Y que no le consta las solicitudes elevadas ante terceros. Se opuso a las pretensiones, y planteó varias excepciones de fondo.

✓ COLFONDOS S.A.:

Frente a los hechos de la demanda expuso que se admite la fecha de nacimiento y su edad, pues así se desprende del documento de identidad. Que no les consta los hechos relacionados a circunstancias desconocidas para COLFONDOS S.A. Que se admite que el 3 de septiembre de 1998 se trasladó para este fondo, según se desprende del formulario de afiliación. Y que no es cierto que no se le haya brindado una correcta asesoría, ya que fue la actora quien, en ejercicio de su derecho de libre selección, decidió afiliarse a COLFONDOS S.A., sin tener la obligación de brindar información en los términos en que lo solicita la parte actora. Se opuso a todas las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda, manifestó que es cierto su fecha de nacimiento y su edad. Que no le consta de manera directa los hechos relacionados con otras administradoras. Que es cierto que la actora suscribió formulario de vinculación el 28 de noviembre de 2005, después de haber recibido una asesoría adecuada, honesta, objetiva, clara y comprensible sobre todas las características del RAIS, su funcionamiento y la forma de construir la pensión en el mismo. Que no es cierto que a la demandante no se le explicara la diferencia en el monto pensional, ya que debe tenerse en cuenta que, se le explicaron los requisitos para acceder a la pensión en ambos regímenes y sus diferencias. Y que no le consta los tramites adelantados ante entidades diferentes a PROTECCIÓN S.A. Se opuso a todas las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 28 de julio de 2022, el Juzgado Decimoctavo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. y al igual que el traslado subsiguiente a COLFONDOS S.A., y por ende el traslado posterior entre las administradoras del mismo régimen a PROTECCIÓN S.A.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., a efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados y sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y cuotas de administración, a COLPENSIONES.

En igual sentido, **ORDENÓ** a PORVENIR S.A., a efectuar el traslado inmediato de las cuotas de administración causadas entre el 01 de mayo de 1994 al 31 de octubre de 1998 y a COLFONDOS por el período comprendido entre el 01 de noviembre de 1998 al 31 de diciembre de 2005.

ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones.

DECLARÓ infundadas las excepciones de prescripción.

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

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

El apoderado judicial de la demandada, interpuso recurso de apelación manifestando que no se valoró por parte del despacho que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario, documento público el cual expresaba que su escogencia era libre, espontánea y sin presiones, la escogencia del régimen luego de haber sido asesorados respecto de este. Que no se trata de una declaración vacía en un formato de afiliación, sino que incluía un requerimiento legal expresamente señalado sobre las firmas de las partes, quienes se

presumían personas capaces para obligarse. Que PORVENIR S.A. siempre garantizó el derecho al retracto con las publicaciones probadas en el diario El Tiempo, lo cual debe valorarse como una negligencia de la parte actora. Que con la ineficacia se desconoce el principio de la autonomía privada de la demandante. Que no procede la condena por la devolución de los cobros por la administración, pues también el RPM se destina el 3% de cotización a financiar estos mismos, pensión por invalidez y sobrevivencia, por lo tanto, dichos cobros de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción. Que además al ordenar ese traslado de cobros de administración a COLPENSIONES se está configurando un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada. Que los valores que deben de ser trasladados con razón al cambio de régimen pensional son los saldos de la cuenta individual y los rendimientos, valores que no financian la prestación de la afiliada y pertenecen al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de la actora. Por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia.

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

- **ALEGATOS:**

Una vez transcurrido el término para alegar, ninguna de las partes hizo uso del mismo.

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 de la señora MARÍA DEL CARMEN JARAMILLO QUINTERO 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 de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que para 1994 trabajaba en POSTOBÓN como secretaria de gerencia, cuando llegó una asesora de PORVENIR S.A., y le expresó que el ISS se iba a acabar, ofreciéndole unas garantías para pensionarse mucho mejor, siendo heredable la pensión y pensionándose a cualquier edad. Que la reunión duró alrededor de 5 a 10 minutos. Que en ningún fondo le mencionaron sobre la edad, ni las semanas de cotización, como tampoco del monto pensional, ni mucho menos de intereses ni rendimientos y aportes voluntarios. Que no sabe ni le mencionaron los requisitos para pensionarse. Que no recibió extractos de ningún fondo. Que no sabía que le hacían unos descuentos para seguros de invalidez o muerte. Que no intentó vincularse con COLPENSIONES por falta de información, porque no hubo claridad e incluso aún no entiende muy bien del tema. Que las asesoras le entregaron el formulario diligenciado y solo debía firmarlo para el traslado, que contenía los datos personales de la actora y los beneficiarios. Que no recuerda haber actualizado los datos en ningún fondo. Que se afilió a COLFONDOS S.A. cuando una asesora le preguntó que en qué fondo estaba y le dijo que con ella iba a tener una atención más personalizada, entonces se sintió mejor asesorada y tomó la decisión de trasladarse. Que ésta asesora le dijo que los fondos privados ofrecían los mismos beneficios, pero insistía mucho en que iba a estar mejor asesorada. Que simplemente firmó el formulario y no volvió a saber nada y estaba confiada de que todo estaba bien. Que no tuvo la oportunidad de indagar mucho. Que cuando estaba trabajando en El Colombiano como asesora de servicio al cliente, llegó una asesora y le dijeron que PROTECCIÓN S.A. era el mejor fondo privado. Que este fondo le brindó una reasesoría en el año 2012, pero que al haber mucha gente y estar monitoreada, se sentía ansiosa. Que la

asesora le dijo que era más beneficioso estar en PROTECCIÓN S.A., porque ya llevaba mucho tiempo allá y de esta manera no perdía los beneficios, por lo que firmó el formulario de forma copiada sin saber que habían escrito allí. Que ha recibido extractos de PROTECCIÓN S.A., pero para ella son difíciles de leer. Y que se siente engañada, debido a que los fondos no fueron claros, precisos y no le explicaron bien la información.

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 la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. ni PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que se anexaron los documentos visible de folios 118, 120 y 121 de la demanda, esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por la 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 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 a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara los formularios 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, 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 a la 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 de la actora fue el 18 de abril 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.”*

No pasa por alto esta corporación, que la actora 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 de la actora 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 actos 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 a la actora se le realizó una reasesoría el día 16 de agosto de 2012 (folio 36 de la contestación de PROTECCIÓN S.A.), 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 la 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 la 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 la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a la 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.”*, sin que sea de recibo por parte de esta Sala el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia.

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 a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

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

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

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.

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, además de los conceptos ordenados por la juez a **PROTECCIÓN S.A.**, se **ADICIONARÁ** la sentencia para ordenar a esta entidad trasladar la ***prima de reaseguros de Fogafín***, la cual, junto a las ***cuotas de administración y seguros previsionales***, ya ordenados, deberán ser debidamente ***indexados*** 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.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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

⁷ Respecto 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 igual forma, al ser revisada la presente sentencia en grado jurisdiccional de consulta, y de acuerdo a la sostenibilidad financiera del sistema, **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, como fondos a los que perteneció la actora, deberán devolver además de lo ordenado por la juez **la prima de reaseguro de Fogafin y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, los cuales junto con las *cuotas de administración* ya ordenadas, deberán ser debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, **por el tiempo en que la actora permaneció allí**. Debiéndose **ADICIONAR** la sentencia 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 a los fondos privados, para **ORDENARLES** 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. Bono pensional.

En lo que respecta a la orden dada por la juez a PROTECCIÓN S.A. de la devolución del *bono pensional* a COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, el bono pensional se redimiría el 22 de septiembre de 2025, cuando la actora cumpla 60 años de edad, y dado que, en la actualidad se desconoce si este ha sido recibido por PROTECCIÓN S.A., lo procedente no es su traslado a COLPENSIONES, sino la restitución del bono a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación, por lo que en este aspecto se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

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 por vía de 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 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 demás fondos privados.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar además de lo ordenado por la juez, la *prima de reaseguros de Fogafín*, junto con las *cuotas de administración y seguros previsionales*, debidamente *indexados* con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia, y se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar además de lo ordenado por la juez, la *prima de reaseguro de Fogafín* y los *seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes*, junto con las *cuotas de administración*, debidamente *indexados* con cargo a sus propios recursos, *por el lapso de tiempo que la actora permaneció allí*.

CUARTO: Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN 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.

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

SEXTO: Las 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	María del Carmen Jaramillo Quintero
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-018-2020-00407
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