



**SENTENCIA**

<b>PROCESO</b>	Ordinario laboral
<b>DEMANDANTE</b>	Rosa Marina Jaramillo Bustamante
<b>DEMANDADO</b>	Porvenir S.A. y Colpensiones
<b>RADICADO</b>	05-001-31-05-005-2021-00490
<b>TEMA</b>	Ineficacia de traslado
<b>DECISIÓN</b>	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 **347** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ROSA MARINA JARAMILLO BUSTAMANTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-005-2021-00490**.

- **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido a la firma **GODOY CORDOBA ABOGADOS 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. **JULIANA ARAQUE QUIROZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.035.868.274, y portadora de la tarjeta profesional N° 293.693 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **PORVENIR S.A.**

- **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la ineficacia o inexistencia del traslado del ISS a PORVENIR S.A., por haber ocultado información.

Como consecuencia, que se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad, y que PORVENIR S.A. traslade los aportes, junto con la rentabilidad y el porcentaje de administración debidamente indexados, para que el fondo público los reciba y actualice la historial laboral, debiendo condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, junto con las mesadas adicionales e intereses moratorios. Y que se condene a las demandadas a las costas del proceso.

- **HECHOS:**

Como supuestos fácticos de sus pretensiones manifestó que, nació el 11 de diciembre de 1965. Que se afilió al ISS en 1987. Que se trasladó en 2001 a PORVENIR S.A. Que no le brindaron una explicación clara, completa, comprensible acerca del tema pensional, de las características y requisitos para poderse pensionar en el RAIS, ni de las ventajas y desventajas de trasladarse. Y que cuenta con 56 años próxima a cumplir 57, y en pocos meses cumple con el requisito del RPM de 1.300 semanas, por lo que ya cuenta con el derecho a la pensión en el RPM.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

En su contestación manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que es cierto que realizó los aportes a pensiones desde de 1987. Que no es cierto que la demandante cuente con el derecho a la pensión en el RPM, ya que no reúne los requisitos. Y el resto de los hechos no le constan por ser situaciones fácticas ajenas a la entidad. Se opuso a todas las pretensiones. Y propuso varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A

En lo que respecta a los hechos de la demanda manifestó que no le consta la fecha de nacimiento, ni la afiliación al ISS por tratarse de una entidad ajena. Que no es cierto que la demandante se haya afiliado a PORVENIR S.A en 2001, toda vez que como se soporta en SIAFP suscribió formulario el 22 de abril de 1994. Que no es cierto que la AFP no le haya brindado información completa, y vez sobre la condiciones, requisitos, ventajas y desventajas del fondo, ya que el traslado se efectuó dando cumplimiento a las obligaciones vigentes para la fecha. Que el deber de dar información clara, cierta y comprensible nace con posterioridad. Que no le consta la diferencia de la mesada pensional de un régimen y otro ya que son cálculos realizados por un tercero y no hay como corroborarlos. Que no es cierto la falta del deber del buen consejo, ya que para la fecha no existían las cargas de asesoría y buen consejo. Y que no le consta la edad y semanas de la demandante, como tampoco si cumple con los requisitos del RPM para pensionarse. Se opuso a todas las pretensiones. Y propuso varias excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 5 de julio de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz el traslado de la demandante, realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, por falta de consentimiento informado lo que conllevó a un error del consentimiento de la demandante al momento de afiliarse al régimen administrado por PORVENIR S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria.

Como argumento de su decisión expuso que a la actora no se le brindaron las opciones que le permitieran regresar al RPM, teniendo en cuenta de que esta es la mejor opción del mercado para pensionarse, siendo esta la consecuencia de la omisión de las administradoras al no brindar la información pertinente, veraz, completa, clara y suficiente como lo exige la ley, y que todo ello evidencia la desigualdad y desconocimiento entre los fondos privados y sus afiliados.

**DECLARÓ** que la afiliación de la actora al régimen de prima media no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculada al sistema general de pensiones.

**CONDENÓ a PORVENIR S.A.** a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia, con destino a COLPENSIONES, el 100% de los aportes efectuados por la demandante y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontados para el fondo de la garantía de pensión mínima y para el fondo de solidaridad pensional, que hubiesen sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación de la demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.

**CONDENÓ a COLPENSIONES** a recibir los aportes que **PORVENIR S.A.** le devuelva, como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el régimen de ahorro individual, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en la historia laboral de esta.

**DECLARÓ** prospera la excepción de imposibilidad de reconocer pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, e, imprósperas las demás excepciones propuestas por las entidades demandadas.

**CONDENÓ** en costas a **PORVENIR S.A.**, y **ABSOLVIÓ** a **COLPENSIONES** del pago de las mismas.

- **APELACIÓN:**

✓ **PORVENIR S.A.:**

El apoderado de la entidad, interpuso recurso de apelación manifestando que PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información de la manera que se encontraba establecido para la época, ya que los requisitos que alude el despacho son los que se establecieron con posterioridad del Decreto 241 del 2010, no siendo posible la aplicación de esta. Que en consideración de la aplicación de la normatividad vigente es desfavorcedor para las administradoras de fondos de pensiones la aplicación de un espectro de tiempo diferenciador de la norma vigente en la parte probatoria y en la

inversión de la prueba, ya que el fondo privado entregó toda la prueba documental donde se sustentaba que la afiliación de la demandante se realizó de conformidad a los temidos establecidos en la ley, esto es, dejar plasmada su voluntad de trasladarse en el formulario de afiliación, el cual no se tacha de falso. Que, en cuanto al interrogatorio de parte realizado a la demandante, nunca se pudo confrontar cuáles fueron las circunstancias de las afiliaciones e información brindada, ya que no es del todo consecuente y consistente en la historia que entregó en el interrogatorio de parte. Que la entidad entregó al proceso los formularios donde consta la afiliación de la demandante. Que PORVENIR S.A., solo se cuenta con la manifestación de la demandante que no recuerda, lo cual no se podría tener como prueba suficiente para establecer que no cumplió con su deber de información. Que la demandante no mostró un intereses o consistencia natural en su discurso, esto armonizándolo con el hecho que la actora solicita el traslado por el motivo de no estar conforme a la expectativa pensional. Que, en cuanto a lo correspondiente a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, es desconocer la gestión fiduciaria, haciendo que cuando retornen al RPM capitalicen un sistema que no pueden seguir capitalizando sus afiliados, por lo que se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera, afectando el patrimonio de PORVENIR S.A., ya que en el tiempo que se encontró afiliada la demandante esta entidad cumplió con su obligaciones legales, por lo que solicita sea reconsiderada esa condena, y en caso tal de ser declarada la ineficacia sean revocadas las condenas de gastos de administración, seguros provisiones y demás, adicionalmente las condenas en costas y agencias en derecho.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA con ocasión de las órdenes dadas a COLPENSIONES

- **ALEGATOS:**

✓ DEMANDANTE:

Manifestó en sus alegatos que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que, PORVENIR S.A. no demostró el hecho positivo de las negaciones indefinidas plasmadas en la demanda. Que no obra prueba que indique la entidad demandada haya cumplido con su deber legal de

información, o por lo menos con un buen consejo. Que de conformidad al decreto 656 de 1994 y 692 de 1994 y a la ley 100 de 1993, el deber de información y la voluntad son conceptos que van de la mano y no se pueden desligar dado que la voluntad como se establece en el artículo 1502 y 1608 del Código Civil se necesita de la voluntad para que una persona se obligue. Que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente al formulario, manifestado que este no supe el deber de información sobre la cual debe haber certeza de que fue clara, expresa y transparente. Que además de los beneficios que se desligan de cada régimen también, se debe tener en cuenta el monto de la pensión, y de ahí se podrán desprender las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión, esto conforme a la sentencia SL 12136 de 2014, ya que estas reglas permiten establecer con posterioridad si se cumplió o no con los mínimos de transparencia. Y que la transparencia como lo deja plasmado en sentencia SL1452 de 2019, impone la obligación de dar a conocer toda la información objetiva de los regímenes evitando callar lo malo y solo mencionar lo bueno, y en el presente proceso este principio fue desconocido por la AFP.

✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos expresó que se debe analizar la imposibilidad de traslado de régimen, teniendo en cuenta que la afiliada no podía trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez. Que el único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener del RPM al momento de pensionarse. Que la ineficacia recae sobre un presunto error al que la demandante fue inducida a razón de su desconocimiento, es decir, engaño y este no se encuentra válidamente acreditado. Que no quedó probada la mala fe por ninguna de las partes, pero la buena fe solo se le reconoce a la parte actora existiendo claramente un vacío en la decisión adoptada. Que la actora es una persona plenamente capaz, bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió la afiliación. Que, en caso de confirmarse la decisión, solicita que se ordene a PORVENIR S.A. la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido a razón de la afiliación. Que no es procedente imponer cargas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar ha sido de buena fe. Y que debe ser revocada la sentencia declarando prosperas las excepciones presentadas por COLPENSIONES e improcedentes las peticiones de la

demanda, y de forma subsidiaria que, en caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado debidamente indexados.

✓ PORVENIR S.A.:

Indicó en sus alegatos que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza. Que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información, y le entregó información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo formulario de afiliación. Que la parte actora contó con varias oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo. Que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre ambos regímenes. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de presa informando cambios normativos. Que los documentos que acrediten la entrega de información no era una obligación vigente para el momento del traslado del actor. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014, y por ende tales obligaciones no existían para la época de afiliación y estas no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que se avizora un incumplimiento de la parte actora del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. Que las condiciones del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa. Que la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante debe ser revocada. Que si se deja en firma dicha decisión se solicita que no se condene a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentra en el patrimonio de PORVENIR S.A. Y que respecto de las costas se debe tener en cuenta que PORVENIR S.A. siempre obró 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 de la señora ROSA MARINA JARAMILLO BUSTAMANE 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 de la demandante del interrogatorio de parte se desprende, que cuando estaba laborando en la empresa Panadería y Repostera Santa Clara, se acercaron asesores de PORVENIR S.A., los cuales le manifestaron insistentemente que se cambiaran de régimen y que ellos mismo fueron los que realizaron el traslado. Que la información de las ventajas de PORVENIR S.A es lo que la convenció de trasladarse. Que desde su conocimiento de administradora de empresas analizó muy someramente el plan que se le dio, ya que ni ella ni ninguno de los empleados el conocían el sistema. Que entendía que se taba trasladando del régimen público a un régimen privado. Que se sintió engañada, toda vez que no se le dará la misma suma de dinero que en COLPENSIONES. Que no recuerda que se le haya explicado lo que pasaría con sus beneficiaros en caso tal de llegar a fallecer. Que no recuerda que se le haya explicado lo qué sucedería con los aportes que había realizado al ISS. Que, aunque en el expediente reposa formulario para poder realizar aportes voluntarios, nunca los ha realizado. Que no recuerda haber firmado dos formularos distintos para afiliarse a la AFP. Que, no recuerda haber firmado un formulario de aportes voluntarios, que no desconoce que la firma plasmada sea la suya, pero que lo hizo ya que la convencieron para firma. Que PORVENIR S.A nunca se comunicó con ella para realizar los aportes voluntarios. Que para el año 2006 cuando firmó el formulario de aportes

voluntarios no se trasladó al ISS por falta de conocimiento. Que no está de acuerdo con la pensión que recibiría en PORVENIR S.A. Y que antes de cumplir los 47 años no tuvo ninguna asesoría por parte de la AFP y que tampoco se acercó a COLPENSIONES.

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 la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., pues si bien se aporta el formulario de traslado a dicha entidad de folio 36 de la contestación de la demanda, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, pero lo cierto es que dicha información 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 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 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, 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 traslado al RAIS de la actora fue el 14 de agosto de 2001, lo que se corresponde con el primer momento, y que según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: “...i) *la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*”

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

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

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

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

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

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM<sup>1</sup>.
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 comprador<sup>2</sup>.
3. Los **gastos de administración**<sup>3</sup>, 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 beneficios<sup>4</sup>, (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 pensiones<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup>Se 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.

<sup>2</sup>Se 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Sentencia SL-4360-2019.

<sup>5</sup> Sentencia SL-2877-2020.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados<sup>6</sup>.

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 2016<sup>7</sup>.

Por lo anterior, además de los conceptos ordenados por el juez a **PORVENIR S.A.**, se **ADICIONARÁ** la sentencia para ordenar a esta entidad trasladar la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada** 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.

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

---

<sup>6</sup>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.

<sup>7</sup>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.



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 de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

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

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

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

**SEGUNDO:** Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar además de lo ordenado por el juez, la **prima de reaseguros de Fogafín**, 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.

**QUINTO:** 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:

<b>PROCESO</b>	Ordinario Laboral
<b>DEMANDANTE</b>	Rosa Marina Jaramillo Bustamante
<b>DEMANDADO</b>	Colpensiones y Porvenir S. A.
<b>RADICADO</b>	<b>05-001-31-05-005-2021-00490</b>
<b>DECISIÓN</b>	Adiciona y confirma sentencia
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	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