



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Luz Esther Ospina Vélez
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-013-2021-00402
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023), 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 **023** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ ESTHER OSPINA VÉLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-013-2021-00402**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferida por la firma **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería para actuar a la Dra. **JULIANA ARAQUE QUIROZ**, identificada con cédula de ciudadanía N.º 1.035.868.274 y portador de la tarjeta profesional N.º 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 el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, teniendo derecho a

vincularse a COLPENSIONES, toda vez que, CAJANAL fue liquidada, sin solución de continuidad por el tiempo aportado al sistema general de pensiones. Y se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes realizados a COLPENSIONES, junto con la respectiva rentabilidad y el porcentaje de administración debidamente indexados, y que COLPENSIONES, los reciba y actualice la historia laboral. Y que se condene a las demandadas a las costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias, pretende que se declare que el incumplimiento al deber de información es a título de culpa, por lo que se debe condenar a PORVENIR S.A. a responder por los perjuicios ocasionados en la modalidad de daño emergente y lucro cesante futuro que se representa en la diferencia pensional de la mesada dejada de recibir en el RPM en comparativo a la recibida en el RAIS, y que a su vez continúe pagando la diferencia pensional mes a mes, la cual debe ser actualizada con el IPC de cada año, con la respectiva indexación sobre la diferencia pensional, y de no proceder los intereses moratorios solicita el pago de la indexación.

- **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que nació el 02 de mayo de 1957. Que se afilió al RPM en el año 1974 con el municipio de Ciudad Bolívar Antioquia y posterior en el año 1979 con CAJANAL, empleador de la RAMA JUDICIAL. Que por tener más de 35 años al 1° de abril de 1994, era beneficiaria del régimen de transición. Que fue trasladada de régimen del RPM al RAIS administrado por HORIZONTES hoy PORVENIR S.A. en marzo de 1996. Que no le brindaron una asesoría clara, comprensible, completa acerca del tema pensional, toda vez que, no le dieron información detallada, diferencias, beneficios, desventajas, requisitos, ni proyecciones. Que PORVENIR S.A. no le informó que de decidir trasladarse perdería los beneficios del régimen de transición, como tampoco le advirtió que en el RAIS se podían presentar riesgos y si quería asumirlos. Que no le explicó quiénes eran excluidos de la pensión de garantía mínima. Que nunca le hablaron de la relación directa con el sistema financiera y que la pensión estaba supeditada a la eventualidad del mercado y del sistema financiero. Que no le brindaron re asesoría y tampoco le explicaron la diferencia de liquidar la pensión en el RAIS y en el RPM. Que PORVENIR S.A. no le dio buen consejo. Que la diferencia

pensional que se genera entre la mesada pensional del RPM y el RAIS constituye un perjuicio que se causa mes a mes y tiene connotación a derecho fundamental y es de tracto sucesivo. Y que el perjuicio es a título de culpa por incumplimiento al deber de información.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a las circunstancias fácticas planteadas en la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta sus afiliaciones. Que no le consta los hechos relacionados con entidades ajenas a COLPENSIONES. Que no le consta que el fondo privado al momento de la afiliación no brindó la información adicional y completa. Que no le consta que PROTECCIÓN S.A. no brindo asesoría, ni como tampoco, la proyección realizada. Que no le consta las peticiones elevadas ni las respuestas realizadas por las demás entidades. Que es cierto que elevó petición ante COLPENSIONES y que recibió su respuesta. Y que no le consta el cálculo de la mesada pensional. Se opuso a todas las pretensiones. Y presento varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta su fecha de nacimiento. Que no le consta su afiliación a CAJANAL. Que no es cierto que perdió ser beneficiaria del régimen de transición, pues, es un hecho que falta a la técnica jurídica y, además, con el traslado de régimen efectuado, el régimen de transición se perdió. Que no es cierto como se presenta el hecho de que fue trasladada de régimen, teniendo en cuenta que fue una decisión voluntaria. Que no es cierto que no le brindaron una asesoría completa, pues el traslado se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha. Que para el momento del traslado no acreditaba los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición. Que para la época no existían cargas de asesoría y buen consejo, por lo que no es cierto que se faltó al deber de información. Que no le consta los cálculos realizados por terceros. Que no es posible visualizar perjuicios derivados de la decisión del traslado, por lo que no es cierto que constituye un perjuicio. Y que no le consta si la actora acredita los requisitos

legales. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Y presentó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 16 de agosto de 2022, el Juzgado Decimotercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administradora por PORVENIR S.A.

Como fundamento de su decisión expuso que, los fondos de pensiones tienen el deber de información y para toda afiliación debe de brindarse la información clara, completa, suficiente, idónea y comprensible para que la decisión este precedida de conocimiento y, además, las personas tienen el derecho de recibir dicha información. Se debe proporcionar información de cuáles son las ventajas y desventajas de estar afiliados a este régimen pensional. Que el fondo privado debía demostrar que ilustraron a la demandante de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo cual no fue demostrado por PORVENIR S.A., 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.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/05/1996 exclusivamente por la afiliación de la demandante, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, y en concordancia se **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir dichos dineros.

CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación de la actora al RPM.

DECLARÓ improbadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas

Y, CONDENÓ en costas a la sociedad PORVENIR S.A.

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

La apoderada presentó recurso de apelación ante la sentencia emitida, solicitando que se revoque en su integridad todas las condenas interpuestas en contra de PORVENIR S.A., toda vez que, no se tuvo en cuenta las particularidades de cada caso en concreto, pues hay unas disciplinas académicas y culturales que le daban suficiente idoneidad y capacidad para entender las consecuencias del acto jurídico, y las reglas amparadas por la jurisprudencia no son estáticas, además, para el consentimiento informado, no hay un aspecto general o uniforme que permita que el cumplimiento de ese requisito depende exclusivamente de un factor en específico, sino contrario a ello, de unas condiciones personales, culturales, académicas y profesionales, entonces a razón de su oficio y su actividad económica tiene fácil acceso a las normas legales que son de conocimiento público, a diferencia de una persona que no tiene conocimientos específicos calificados. Que se pudo demostrar y acreditar que no hubo ningún tipo de coacción o vicio en el consentimiento, error, fuerza, presión o constreñimiento por parte de alguno de los asesores de PORVENIR S.A., lo que evidencia que su vinculación es derivada de su trabajo. Que para la época no se exigía dejar constancia de la asesoría, como quiera que la libertad de escogencia es un aspecto que debe de garantizar el sistema de seguridad social, así como también, el principio de confianza legítima. Que, si se llega a la declaratoria de la ineficacia, reitera que no comparte la decisión en su totalidad por lo correspondiente a las consecuencias jurídicas, y esto, si el efecto jurídico es el hecho de que nunca estuvo afiliada al RAIS, pues nunca se hubieran generado unos rendimientos financieros en los parámetros del RAIS. Que, respecto a la condena de los gastos de administración, no se está reconociendo la teoría de restituciones mutuas o restituciones recíprocas, pues PORVENIR S.A. ha realizado las gestiones correctamente de los recursos. y estos valores se descuentan según la Ley 100 de 1993, es decir, autorizados por mandato legal. Que los gastos de administración buscan amparar, acrecentar y conservar. Que las sumas aportadas al fondo de garantía de pensión mínima, ya se encuentran extintas y no hacen parte de los dineros que administra PORVENIR S.A. y lo correspondiente a la devolución de las primas de seguros previsionales, se ha

realizado el pago correspondiente a un tercero de buena fe que por su misma naturaleza es un contrato de seguros de tracto sucesivo, se ha agotado el término y se cumplió con su finalidad. Que material y jurídicamente es imposible retrotraer una obligación de hacer. Que, respecto de la indexación, preciso que esto implicaría un doble cobro, como quiera que en el RAIS estos los valores se encuentran actualizados. Por lo que solicita la absolución de PORVENIR S.A. de toda condena.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

El apoderado de la actora, en sus alegatos señaló que en la demanda se formulan negaciones indefinidas en los hechos de la demanda y quien debe demostrar el hecho positivo es la entidad demandada, en el plenario no obra prueba que indique que se haya cumplido con el deber de información, por lo anterior, la mejor opción del mercado se traduce en el buen consejo que nunca tuvo la demandante en el presente caso. Que en temas de seguridad social se debe tener como un elemento esencial en el acto de traslado de régimen pensional, por la estrecha relación que tiene con la voluntad. Que la formalidad de suscribir el formulario no puede suplir el elemento esencial que es la información, tratándose de un derecho social se debe indagar si está verdaderamente fue clara, expresa y transparente, y en el presente asunto, estas se omitieron. Que en el plenario existe prueba de la proyección realizada por PORVENIR S.A. la cual es irrisoria, por lo tanto, al no haber sido tenido en cuenta el monto por la entidad demandada, el mismo también es causal de ineficacia del traslado de régimen pensional, ya que es un impacto negativo en la mesada pensional y tenía el derecho a saber la incidencia del mismo y los riesgos que implicaba el traslado y la permanencia en el RAIS. Que carece de transparencia la entidad demandada. Y que, por lo tanto, se debe de confirmar la sentencia de primera instancia.

- ✓ COLPENSIONES:

La apoderada de la entidad, en sus alegatos manifestó que COLPENSIONES no tuvo incidencia alguna en el acto jurídico, por lo que, los efectos jurídicos no lo pueden perseguir ni afectar. Que la figura de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros que generen un impacto directo frente al principio de sostenibilidad financiera y la planeación de la reserva pensional. Que solicita que se realice un juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta la idoneidad de la medida tomada, la necesidad de dicha medida y la proporcionalidad entre la medida tomada y los fines perseguidos con ella. Que imponer esa carga en cabeza de COLPENSIONES, tiene un impacto lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, el desmedro económico ocasionado por un particular, que en este caso son las AFP privadas, quienes incumplieron con su deber legar, tal como se pudo demostrar en el desarrollo de este proceso judicial. Que solicita evaluar la proporcionalidad y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para que sea adoptada otra medida consistente en que sea la AFP privada demandada, quien asuma las cargas económicas derivadas de la declaratoria de ineficacia, o que, en su defecto, los dineros que traslade se hagan conforme a un estudio actuarial emitido por COLPENSIONES. Que en caso de no acoger la anterior petición, se confirme la decisión en lo referente a que el fondo privado debe realizar la devolución y reintegro de cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, trasladados de manera indexada, o si la suma de todos los conceptos resultare inferior al valor del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieren generado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el RPM, sea dicho fondo privado, quien asuma el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos, evitando así un detrimento en las cuentas manejadas por COLPENSIONES. Y que se confirme la decisión en lo referente a la absolución de la entidad en lo que tiene que ver con la condena en costas a su cargo, toda vez que, ha actuado siempre con sujeción a la ley.

✓ PORVENIR S.A.:

La apoderada 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 prensa informando cambios normativos. Que los documentos que acrediten la entrega de información no era una obligación vigente para el momento del traslado de la actora. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014, y por ende tales obligaciones no existían para la época de afiliación y estas no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que se avizora un incumplimiento de la parte actora del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. Que las condiciones del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa. Que la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante debe ser revocada. Que si se deja en firma dicha decisión se solicita que no se condene a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentra en el patrimonio de PORVENIR S.A. Y que respecto de las costas se debe de tener en cuenta que PORVENIR S.A. siempre 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 LUZ ESTHER OSPINA VÉLEZ a HORIZONTE hoy 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 al trabajaba con la Rama Judicial, estaba afiliada a CAJANAL, y posteriormente le realizaron la afiliación a HORIZONTES, ella no tuvo la oportunidad de escoger, busco asesoría con el fondo, pero nunca nadie se la otorgó. Que una asesora hacia una visita general 1 o 2 veces al año, pero no era específica con cada persona. Que en su trayectoria laboral no ha tenido contacto con derecho laboral y seguridad social. Que no conocía las diferencias de los regímenes. Que no sabe que es el régimen de transición. Que su motivación es el cálculo de lo que le da la pensión. Que su afiliación no fue tan libre y voluntaria, pues firmó el formulario esperando a que más adelante llegara alguien a explicarle todo sobre el fondo, pero nunca fue así. Que ha recibido el extracto al correo, pero no le dicen el monto de pensión. Que no ha presentado quejas. Que elevó derechos de petición, pero no ha recibido respuestas. Y que solo le han realizado el cálculo pensional en el RPM.

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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que se anexó el documento visible de folios 31 de la contestación de la demanda, esto es, el formulario de afiliación, mismo que la demandante suscribió, 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, 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 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 8 de marzo de 1996, 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.

Se tiene entonces que, HORIZONTE hoy 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, aclarándose, que la demandante pertenecía al régimen de prima media administrado por CAJANAL con anterioridad al año 1995, fondo que ya fue suprimido a través de la Ley 1151 de 2007, el cual en su artículo 155, consagró que COLPENSIONES como administradora del Régimen de Prima Media, se le encargaría realizar el reconocimiento de las pensiones de vejez, una vez fuera suprimida CAJANAL; es por lo que se entiende que el traslado de la actora debe ser realizado a COLPENSIONES al ser declarada la ineficacia del traslado.

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 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 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 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.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

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

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

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ 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 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.

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, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias con radicado SL1688-2019, SL1689-2019, SL 782-2021, SL 1187-2021 y SL 1197-2021, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en tal sentido.

Con respecto a lo manifestado por la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos, en el sentido de que el fondo privado, es el que debe asumir el pago de la diferencia en caso de que sea inferior el valor del aporte trasladado, es necesario señalar, que dicha solicitud no puede prosperar, toda vez que con la ineficacia declarada se ordena la devolución de todos los dineros y aportes realizados por el afiliado, incluidos los deducidos por gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó, por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, y porcentaje de garantía de pensión mínima, además que por naturaleza en el Régimen de Ahorro Individual el rendimiento de los aportes es mucho mayor que los que se generan en el Régimen de

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

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

Prima Media, con lo que se lograría equiparar e incluso superar los aportes de este régimen.

Y no sobra advertir, que no se está violentando la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que el efecto de la declaración de la ineficacia del traslado, es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, lo cual compone la devolución en forma plena y retroactiva de todos los conceptos, que sin lugar a dudas protege la sostenibilidad de régimen de prima media. Y conforme a esto ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 de 2020, donde señaló:

“... la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Por lo anterior, es que la sentencia de primera instancia debe ser **CONFIRMADA**, 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 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 adelante su recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1'160.000.

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 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.

CUARTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

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



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	Luz Esther Ospina Vélez
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 013-2021-00402
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/147> 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 23 de febrero de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 23 de febrero de 2023 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO