



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Blanca Doris Garzón González
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-023-2020-00005
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 054** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **BLANCA DORIS GARZÓN GONZÁLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**; con radicado **05-001-31-05-023-2020-00005**.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado al RAIS, y que se tenga que siempre ha estado afiliada sin solución de continuidad a COLPENSIONES, debiendo este último fondo, realizar la afiliación al RPM.

Como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores, sumas de dinero que hubiese recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, sin realizar descuentos de las cotizaciones, debiendo COLPENSIONES recibir todas las sumas de dinero y validarlas en su historia laboral. Y que se condene em costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el día 03 de enero de 1963, y que cuenta con 53 años. Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES a partir del 2 de mayo de 1989 con diversas empresas hasta el 31 de agosto de 2005. Que hasta dicha fecha contaba con 559 semanas cotizadas. Que en septiembre de 2005 se trasladó a PORVENIR S.A. Que los asesores de la AFP quienes se presentaron en diversas ocasiones el banco AVVILLAS, le manifestaron a ella y a sus compañeros que el fondo garantizaba una pensión de por vida, que el seguro social se terminaría, que se podían pensionar antes y que obtendrían una mejor pensión. Que no se le suministró información precisa en cuanto a los alcances positivos y negativos que tendría en cambio de régimen. Que no se le informó que se podría pensionar, siempre y cuando, completara su ahorro individual. Que elevó derecho de petición con fecha del 10 de septiembre de 2019, solicitando que se desvinculara de este régimen. Que el 2 de octubre del mismo año, se le da respuesta negativa a la petición y se anexan cálculos. Y que elevó derecho de petición ante COLPENSIONES quien da respuesta el 3 de octubre de 2019, manifestando que no cuenta con el expediente administrativo, y que debe acudir ante las autoridades judiciales.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos manifestó que no cierto la edad, ya que a la fecha de la presentación de la demanda el día 13 de enero de 2020, la actora cuenta con 57 años. Que es cierto que estuvo afiliada al ISS desde el 02 de mayo de 1989 hasta el 31 de agosto de 2005, pero no es cierto que contara con 559 semanas sino con 327.43 semanas. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de un fondo privado. Y que es cierto que la demandante presentó reclamación a Colpensiones para poderse trasladar, la cual fue resuelta de forma negativa, ya que se encuentra válidamente afiliada al RAIS, y adicionalmente cuenta con la prohibición de los 57 años. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y formuló varias excepciones de fondo.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la fecha de nacimiento y edad de la demandante. Que no le consta ninguna situación fáctica en la que este involucrada un tercero, entidad distinta a ella. Que la demandante realizó un traslado de manera libre y voluntaria, como se deja constancia en el formulario de afiliación. Que no es cierto que a la demandante no se le haya brindado una debida información. Que a la demandante se le suministro una amplia, veraz y oportuna información por lo que conocía ampliamente las implicaciones de su decisión. Y que no es cierto que no se le haya garantizado su derecho de retracto. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 31 de agosto de 2022, el Juzgado Vigésimotercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A.

Como argumento de su decisión, expuso que las administradoras tienen como presupuesto un proceso de asesoría, acompañamiento y un cumplimiento de buen consejo, los cual está relacionado con la validez del acto jurídico, ya que de no brindarse esa asesoría y ese acompañamiento el acto no nace a la vida jurídica y es ineficaz; que el deber de información es ineludible, y le corresponde al respectivo fondo acreditar que en cada caso en concreto, se adelantó un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento al asegurado, incluso desde la etapa pre contractual. Que el fondo privado es quien se encuentra en mejor posición para aportar las evidencias por la cercanía del material probatorio, y la simple diligencia del formulario no denota un proceso completo de asesoría. Y en el caso de autos, no se demostró una haya existido una correcta asesoría, y por tal razón el traslado debe considerarse ineficaz.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade con desino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos, incluidas las cuotas de administración, las primas previsionales, y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados estos tres últimos rublos. **ADVIRTIÓ** a PORVENIR S.A que, al momento de cumplir la orden impartida, deberán emitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores junto con

el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

ORDENÓ a COLPENSIONES a que reciba las sumas que le sean giradas por PORVENIR S.A., las convierta a semanas efectivamente cotizadas por la demandante, la tenga por afiliada al RPM sin solución de continuidad y, actualice su historia laboral.

DECLARÓ no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

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

• **APELACIONES:**

✓ PORVENIR S.A.:

Interpuso recurso de apelación solicitado se revoque de forma parcial, pues si bien existe un precedente del órgano de cierre, se debe entrar a analizar las circunstancias de cada caso en concreto, pues al ordenarse la devolución de los rendimientos, este concepto el cual incluye los frutos e interés, es excluyente con la indexación ordenada, por lo que se debe revocar en este aspecto. Que se ha sostenido que el administrador tiene la obligación de devolver todos los valores que se hayan recibido con motivo de la afiliación de una persona a la AFP, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, entre otros, como lo dispone el artículo 1747 del código civil, y debe tenerse en cuenta que la entidad desde el inicio del proceso ha tenido ánimo conciliatorio, para devolverlos por anulación administrativa, toda vez que no se cuenta con otro documento que no sea el formulario de afiliación firmado por la demandante para demostrar la información que sí se le brindo, y en este caso la inconformidad no radica en la falta de información sino en el descontento con su futura mesada pensional, hechos que al momento de la afiliación eran inviables, ya que no se tenían los datos que se tienen actualmente para considerar dicha información, es por esto que se deben revocar de manera parcial lo que tiene que ver con los valores indexados.

✓ COLPENSIONES:

Interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, ya que se debe tener en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico y no puede verse perjudicado por el error en el cual incurrió la parte demandante, pues realizó su traslado al RAIS mediante un acto libre y voluntario, por ende, sus manifestaciones son infundadas, ya que no existe dolo o culpa y teniendo en cuenta que no se ejerció ningún tipo de coacción sobre la demandante para firmar el formulario de afiliación. Que resulta totalmente adverso condenar a Colpensiones, siendo un asunto en el que no tuvo injerencia alguna, más cuando sería recibir y pensionar a una persona que no estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, descapitalizará el RPM. Que en lo que refiere a las cuotas administración, si se ratifica que el traslado se causó por la conducta indebida del RAIS, este fondo privado debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir las mermas sufridas al capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por pago de las mesadas pensionales de ahorro individual o por los gastos de administración en que haya incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio, teniendo en cuenta que ante una ineficacia se debe devolver todos los dinero la cuenta de ahorro individual, fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, seguros previsionales entre otros, y en esta sentencia se omitieron algunos de estos conceptos (en lo que se refiere a este último aparte, el juez de la primera instancia, negó la apelación en tal sentido, ya que dichos conceptos fueron ordenados en la sentencia).

Así mismo, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Si bien la apodera de la entidad interpuso los alegatos dentro del término oportuno, se observa que no cuenta con poder para que se le reconozca personería para actuar en el proceso, y por tal razón, no pueden ser tenidos en cuenta.

- ✓ DEMANDANTE:

Presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, y en caso determinado se estudie si hay lugar a ajustar los valores aquí reconocidos, en cuanto a que los valores deben ser debidamente indexados en aras de evitar el detrimento económico de Colpensiones, con fundamento en que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable y teniendo en cuenta las reglas jurídicas, donde se manifiesta que las administradoras de fondos de pensiones tiene la responsabilidad social y profesional debido a su labor, que las obliga a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible sobre las consecuencias de elegir un determinado régimen, y ver cada caso en concreto con sus características. Que todas las administradoras deben cumplir con su deber de información. Por lo anterior, existen razones suficientes para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia y de ser posible se ajusten los conceptos a restituir a Colpensiones por parte de la AFP con su respectiva indexación.

✓ PORVENIR S.A:

Presentó sus alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, y se absuelva a PORVENIR S.A, toda vez que el traslado de régimen de la demandante se hizo con el lleno de los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993 y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Que no se alego y mucho menos probó lo que se requiere para declarar la nulidad absoluta o relativa del acto jurídico de conformidad con el artículo 1741 del código civil lo que lo deja con plena validez. Que si lo que se pretendía era declarar la ineficacia la ley 100 de 1993, esta se sanciona con una multa administrativa, dejando sin efecto la afiliación norma que no se aplica en ese asunto. Que el Código de Comercio también enseña que el acto o negocio jurídico tenga causa u objeto ilícito y sea celebrado por un incapaz absoluto será nulo, norma que tampoco se aplica en este caso. Que ninguno de los presupuestos legales planteados, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso, pues el formulario firmado por la demandante es un documento público que se presume autentico. Que en el presente asunto la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, se le brindó una información oportuna y completa. Que la entidad demandada cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión que se le hizo a la carga de prueba, presentando los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, tenía

la intención de permanecer en el RAIS. Que vale la pena mencionar que no es viable imponer cargas distintas a PORVENIR S.A., a las previstas en las leyes vigentes al momento de la afiliación, constituyendo así una violación al debido proceso. Que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó de conocer aspectos mas relevantes para ella, que ahora echa de menos, lo que denota negligencia de su parte y que ahora pretende sanear con este proceso. Que el juzgado de primera instancia declaró la nulidad del traslado sin tener en consideración las normas previstas, como la validez del acto. Que no debe ordenarse la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor esta destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales configuraría aun enriquecimiento sin causa. Que la Superintendencia Financiera de Colombia el 17 de enero de 2020, indicó de forma expresa que al declara la nulidad o ineficacia de traslados los únicos valores a devolver son aportes y rendimientos, sin que proceda la devolución de primas de seguros previsionales, debido a que la aseguradora cumplió con su deber, ni tampoco la comisión de administración. Y que se probaron ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la ineficacia por el acto de falta de consentimiento informado. Y que la devolución indexada de las sumas la misma es improcedente e incongruente.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora BLANCA DORIS GARZÓN GONZÁLEZ 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, en el interrogatorio de parte se desprende que realizó el cambio de fondo de manera voluntaria sin ningún tipo de coacción, pues se acercaron unas asesoras de PORVENIR S.A a la oficina cuando trabajaba en el banco AV VILLAS, y como era una entidad del mismo grupo AVAL, lo efectuó de manera voluntaria. Que no tenía ni tiene claras las condiciones de ese traslado, y que no se le mencionaron los requisitos para poder adquirir su pensión de vejez, pero tampoco sabía cómo se pensionaría en el ISS. Que le manifestaron que se podría pensionar más rápido, tendría una mejor pensión y mejor rentabilidad. Que no tenía conocimiento de poder realizar cambio de fondo cada 5 años. Que no intentó cambiarse de fondo antes de cumplir los 45 años. Que decidió realizar el cambio hasta ahora, debido que en septiembre de 2019 se acercó a PORVENIR S.A. a mirar como estaban sus semanas cotizadas, y un asesor de la entidad fue quién le comentó que en su situación era mejor estar afiliada a COLPENSIONES, ya que tendría una mejor mesada pensional, pero no corroboró esta información con COLPENSIONES. Que desde que realizó el traslado no tuvo ninguna otra asesoría por parte de la AFP. Que no recuerda que le hayan manifestado que tendría la opción de realizar aportes voluntarios. Que le han llegado los extractos, pero que no los ha entendido. Y que no ha solicitado ningún requerimiento o actualización directamente con la AFP ni a COLPENSIONES antes del 2019.

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., toda vez que, pese a que la entidad administradora anexó el documento visible de folio 34 del expediente digital, esto es, el formulario de afiliación, mismos que fue suscrito 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 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.

Se repite 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 tiene que ver con el traslado de régimen cuando 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 julio de 2005, 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, tendrá 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 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 las apelaciones 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 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 a identificado los siguientes conceptos:

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

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.

cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

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

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

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

Por lo anterior, teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema y que la presente decisión está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta, **PORVENIR S.A.** además de lo ya ordenado por el juez, deberá devolver las **primas de seguros del Fogafín**, debidamente indexada, con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este sentido **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia.

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.

Por otro lado, debe señalarse que la **indexación** ordenada por el juez es procedente, ya que este concepto es totalmente disímil a la figura de los rendimientos financieros generados por un fondo privado, los cuales se da como resultado de las inversiones realizadas por el fondo en un período establecido que, sin lugar a dudas también pueden generar una desvalorización en su rentabilidad de acuerdo a la situación económica del país o a nivel internacional, pudiéndose ver afectado el capital de las cuentas individuales, por lo tanto, al tener derecho al traslado, éstos conceptos deberán ser actualizado al momento del pago, 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, sin que esta orden este vulnerando el principio de la consonancia debido a la revisión en consulta en favor de Colpensiones.

Con respecto a lo manifestado por apoderado de COLPENSIONES, en el sentido de que PORVENIR S.A. es el que deberá asumir las mermas sufridas del capital administrado, debe señalarse, 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 la afiliada, 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 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.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 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 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 de la primera instancia como lo dijo el juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES al no salir avante sus recursos de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1'160.000. en parte iguales para cada una.

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 a **COLPENSIONES**, y se le ordena a **PORVENIR S.A.** además de lo ya ordenado, trasladar *las primas de seguros Fogafín*, debidamente *indexadas*, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

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	Blanca Doris Garzón González
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 023-2020-00005
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/148> 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 marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 16 de marzo de 2023 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO