



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	María Fabiola Londoño Gutiérrez
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-025-2021-00411
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 ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 062** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA FABIOLA LONDOÑO GUTIÉRREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-025-2021-00411**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI**, obrando en calidad de representante legal para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **PALACIO CONSULTORES S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **INGRIS RUIDIAZ SOTO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.085.169.921, y portadora de la tarjeta profesional N° 240.222 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **COLPENSIONES**.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado al RAIS, efectuado por PORVENIR S.A., y que se tenga como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES, estando obligado PORVENIR S.A. a devolver los aportes realizados a COLPENSIONES.

Como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes que se efectuaron al RAIS, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, para que COLPENSIONES tenga como válida, vigente y continua la afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES. Y que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales.

- **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que nació el 12 de enero de 1966, por lo que en la actualidad cuenta con 55 años. Que inició a cotizar al ISS desde el mes de agosto de 1989 hasta el mes de enero de 2021, año en el que se trasladó al RAIS. Que inició cotizaciones con PORVENIR S.A., quien actualmente cubre los riesgos de IVM. Que al momento de la afiliación al RAIS no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para pensionarse. Que la asesoría que le brindó el agente comercial del fondo privado no tuvo en cuenta las condiciones particulares y se limitaron a informar sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos. Que no se le explico de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada al RAIS frente al RPM. Que el 23 de julio de 2021 se elevó derecho de petición ante PORVENIR S.A, solicitando las pruebas de la asesoría y reasesoría, frente a lo cual el día 13 de agosto de 2021, se recibe respuesta por parte de la AFP donde aducen que no cuentan con soportes físico de la asesoría brindada, pues la afiliación se realizó de manera verbal. Que el 4 de agosto de 2021, eleva a COLPENSIONES solicitud de afiliación y la autorización de traslado al RPM, la cual es rechaza. Y que, con las proyecciones realizadas, se refleja el daño y la desmejora evidente que causó PORVENIR S.A. como responsable de la pensión.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos manifestó que es cierto su fecha de nacimiento y su edad. Que no le consta que inició sus cotizaciones en el ISS y en el mes de enero de 2001 se trasladó al RAIS. Que no le consta las cotizaciones con PORVENIR S.A. desde enero de 2001, ni que es actualmente quien cubre los riesgos de IVM, pues no tiene conocimiento de dicha situación por no representar los intereses de la mencionada AFP. Que no le consta los hechos relacionados con otras entidades. Y que es cierto que, elevó a COLPENSIONES solicitud de afiliación y la autorización de traslado al RPM y la entidad rechazó la solicitud manifestando. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la fecha de nacimiento ni su edad. Que no le consta que inició sus cotizaciones en COLPENSIONES, pues es un hecho ajeno a PORVENIR S.A., y que con el formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 29 de enero de 2001, se evidencia su libre escogencia al RAIS después de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente. Que no es cierto que al momento de la afiliación no obtuvo suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para pensionarse. Que en muchos hechos la parte actora realiza consideración subjetiva respecto de la expectativa legítima de pensionarse bajo el RPM. Que no es cierto que no se le explicó de manera clara y precisa los riesgos y beneficios de ambos regímenes, pues PORVENIR S.A. nunca engañó a la parte demandante. Que se atiene a lo emitido como respuesta al derecho de petición elevado por la parte actora. Que no le consta las solicitudes y respuestas emitidas por otras entidades. Y que no le consta las proyecciones realizadas por otras entidades. Se opuso a todas las pretensiones y planteó varias excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 14 de septiembre de 2022, el Juzgado Vigésimoquinto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante el 29 de enero de 2001, y consecuentemente, declaró que se encuentra vigente y sin solución de continuidad su afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión expuso que el fondo privado omitió el cumplimiento de brindar el deber de información y del buen consejo, que permitiera que la decisión fuera libre y consciente, pues debe tenerse en cuenta que, para toda afiliación debe de brindarse la información suficiente, completa, veraz, amplia y oportuna, para que la decisión a tomar este precedida de conocimiento, teniendo en cuenta que, la eficacia es un principio de rango constitucional, siendo esta exigida para las AFP, toda vez que, de esto depende el futuro pensional de las personas, y por ende su calidad de vida, y es por esto que, debe de conocer cabalmente las opciones de los distintos regímenes.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria e esta providencia, traslade a COLPENSIONES el monto del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que reposan en las cuentas de ahorro individual de la demandante, así como a devolver los gastos de administración y comisiones incluyendo cuotas de administración, primas para seguro previsional y las sumas descontadas para garantía de pensión mínima, estas últimas debidamente indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP desde el 1° de marzo de 2001, hasta el momento en que se haga efectivo el traslado.

Al momento de cumplirse con esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información que sea relevante.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los valores aludidos en el numeral anterior, y a incorporarlos como cotizaciones efectivas en la historia laboral de la demandante.

ORDENÓ a PORVENIR S.A., en el caso en que hubiere recibido bonos pensionales en el que estarían representadas las cotizaciones al RPM de la

demandante, restituirlo a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

DECLARÓ no probadas la excepción de prescripción propuesta por la accionada.

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

- **APELACIÓN:**

- ✓ PORVENIR S.A.:

Presentó recurso de apelación de manera parcial, solicitando que se revoque la decisión en lo que refiere a los gastos de administración y las sumas indexadas, pues se debe de señalar que los gastos de administración se causaron teniendo en cuenta la configuración de la cuenta de ahorro, y estos se presentaron debido a la administración de PORVENIR, y de no ser así no hubiese recibido los rendimientos que han beneficiado a la actora en su capital. Que los gastos de administración se encuentran autorizados bajo el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y también se causan dentro del RPM. Que en el concepto del 3% también se encuentran enmarcados los valores consistentes a cobertura de invalidez y sobrevivencia, pues se ha dotado de cobertura frente a estas. Que los gastos de administración no van a financiar una mesada pensional de la parte actora, y se está generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, por cuanto se está dotando de una devolución de sumas de las cuales nunca ha administrado. Que al no causarse o considerar los gastos de administración un concepto que financie la mesada pensional, le es aplicable la figura de prescripción y del cual solicitan que se de aplicación a ese concepto teniendo en cuenta que, estas sumas se generaron para la administración de los aportes de la actora. Y, que, frente a la indexación, la actora actualmente se encuentra vinculada con PORVENIR, sin embargo, si se declara la ineficacia, se deben de retornar valores y estos ya se encuentran actualizados, bajo esta premisa, no hay razón algún para condenar a PORVENIR a que indexe las sumas, máxime cuando los rendimientos que se han causado superan cualquier devolución económica, por lo que se está condenando de manera doble a PORVENIR frente a la indexación de las sumas que a la fecha se encuentran actualizadas.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos manifestó que para la época solo se exigía a las AFP atender el formulario con los requisitos que para los efectos preveía la Superintendencia Bancaria, a fin de demostrar la aceptación y consentimiento. Que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época es una situación de carácter imposible. Que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados por los aspectos que los diferencian, sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que tiene la administradora de pensiones. Que tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad de la demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Que lo atinente a la carga de probar los supuestos de hecho narrados en el acápite fáctico del escrito de demanda, estos deben de estar a cargo de la parte actora, pues la AFP cumplió con las atribuciones legales vigentes y aplicables para el momento de la afiliación de la parte actora, y en razón a los principios rectores de equidad y solidaridad, imponerle una carga adicional, más allá del formulario de afiliación, pues con ello se acentuaba el consentimiento y aceptación por principios rectores de equidad y solidaridad, imponerle una carga adicional, más allá del formulario de afiliación, pues con ello se acentuaba el consentimiento y aceptación por el afiliado, sería una carga desproporcionada e imposible de cumplir. Que la práctica de la prueba decretada en el proceso, se colige del interrogatorio de parte realizado a la actora, que nadie la obligó a efectuar su traslado al RAIS, sino que el mismo lo realizó de manera voluntaria. Que en caso de que la decisión de instancia sea confirmada, solicita indicar claramente en la sentencia que PORVENIR S.A traslade a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como:

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, cuotas de administración y la indexación de las mismas, el porcentaje de garantía de pensión mínima y el traslado de los reaseguros y seguros previsionales.

CONSIDERACIONES

Los **problemas jurídicos** a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora MARÍA FABIOLA LONDOÑO GUTIÉRREZ 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 laborado en la UCI en Policlínica, llegó una persona que no recuerda su nombre, y le insistió en varias oportunidades, que se pasara para PORVENIR, firmándole el papel que le entregó. Que no le explicó las ventajas y que lo que la motivo para trasladarse fue la insistencia. Que ella se mantenía muy ocupada y no recuerda la información brindada. Que él llenó el formulario y ella simplemente lo firmó, pero en ningún momento suministró la información personal de ella y no sabe cómo los obtuvo. Que no ha sido contactada para recibir asesoría por la situación pensional. Que no le llegaron los extractos ni por correo ni físicos. Que lo que la llevo a solicitar el traslado es el monto de la

pensión. Que en ningún momento se le explicó cuál era la metodología o funcionamiento del RAIS. Que no le realizó preguntas al asesor. Y que no radicó quejas o reclamos frente a como estaban siendo administrados sus aportes.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que se anexó el documento visible de folio 98 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.

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 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 29 de enero de 2001, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

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

Se tiene entonces que, PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que 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 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 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.

Por lo anterior, teniendo como base el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, y que la presente decisión está siendo revisada en consulta, además de lo ordenado por la juez, **PORVENIR S.A.** deberá también devolver la **prima de reaseguros de Fogafín**, la cual será debidamente **indexada**, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia, en tal sentido.

Por otro lado, debe señalarse que la **indexación** ordenada por la 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.

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.

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 el juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PORVENIR S.A, por no salir avante su recurso. 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 el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, en cuanto a los valores a devolver a **COLPENSIONES**, a trasladar a dicho fondo público, además de lo ordenado por la juez, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos.

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

CUARTO: Las costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho 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	María Fabiola Londoño Gutiérrez
DEMANDADOS	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 025-2021-00411
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