



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Fernando Quintero Ramírez
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-024-2021-00094
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, modifica 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 063** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **FERNANDO QUINTERO RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-024-2021-00094**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la ineficacia de traslado y afiliación a PORVENIR S.A., toda vez que no se dio de forma libre y voluntaria.

Como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A trasladar los aportes junto con los rendimientos debidamente detallados a COLPENSIONES, para que este último fondo los reciba y active la afiliación en el RPM. Y que se condene a PORVENIR S.A a costas procesales.

• **HECHOS:**

Como supuestos fácticos de las pretensiones, indicó que nació el 10 de julio de 1959, por lo que hoy cuenta con 61 años. Que estaba afiliado al RPM desde

el 26 de septiembre de 1986. Que ingresó a laborar a la Corte Constitucional desde el 24 de febrero de 1993 donde sigue vinculado. Que los períodos entre el 24 de febrero de 1993 y el 30 de junio de 1996, no se encuentran registrados en la historia laboral de las demandadas. Que lo trasladaron a PORVENIR S.A donde se encuentra actualmente vinculado, estando afiliado desde el 1° de mayo de 1999. Que PORVENIR S.A no le brindó información detallada y pormenorizada de las condiciones del traslado de régimen. Que no se le brindó un comparativo entre fondos. Que el 21 de mayo de 2021, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES donde solicita la nulidad del traslado al RAIS y la reactivación de la afiliación al RPM. Que el 14 de mayo de 2021, se elevó derecho de petición a PORVENIR S.A solicitando el suministro de documentos donde consta la afiliación e información brindada, historia laboral con los aportes y una proyección del monto de la mesada pensional. Y que el 24 de mayo de 2021, COLPENSIONES allegó respuesta negativa sobre la nulidad de traslado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Expresó frente a los hechos de la demanda que es cierta la fecha de nacimiento y edad. Que es cierto que estuvo afiliado al RPM. Que es cierto que el 21 de mayo 2021, se radicó reclamación administrativa solicitando la nulidad de traslado y la reactivación al RPM, a la cual se le dio respuesta el 24 de mayo del mismo año, de forma negativa. Y que no le costa ningún hecho que vaya dirigido en contra de otra entidad. Se opuso a las pretensiones que van dirigidas en su contra. Y propuso varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la fecha de nacimiento y edad del demandante, no obstante, se deberá constatar con los documentos pertinentes. Que no le constan los hechos que van dirigidos a un tercero ajeno a PORVENIR S.A. Que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, lo cual se confirmará con el formulario que suscribió y firmó el 11 de septiembre de 1998, y se debe resaltar que realizó otro traslado horizontal a HORIZONTE S.A en 1999. Que si bien HORIZONTE S.A se fusionó con

PORVENIR S.A en 1999, el demandante anteriormente se había afiliado a PORVENIR S.A evidenciándose un claro acto de relacionamiento. Que no es cierto que el traslado del demandante no se haya hecho bajo el cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha efectuándose la debida asesoría. Y que es cierto que el demandante actualmente se encuentra afiliado a PORVENIR S.A. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso varias excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 29 de septiembre de 2022, el Juzgado Vigésimocuarto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz el traslado de régimen pensional del demandante del régimen de prima media al régimen ahorro individual con solidaridad realizado en el año 1999 a PORVENIR S.A.

Argumento en síntesis que, no fue probado por parte del fondo privado el deber de información, de manera clara, completa y veraz de las implicaciones del traslado, y por tal razón, no puede catalogarse como un traslado libre, voluntario e informado.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a que en el término improrrogable de un mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, traslade a COLPENSIONES los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados durante la permanencia del demandante a dicho fondo, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago.

Expuso que al momento de dar la orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifique y deberá normalizar la afiliación en el sistema de información de la administradora de fondos de pensiones SIAFP.

ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al régimen de prima media, y a recibir la devolución de los dineros ordenados.

DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

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

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

En su recurso de apelación manifestando que no existen razones fácticas ni jurídicas para que se declare la ineficacia de traslado del demandante del RPM al RAIS, pues en un primer momento el demandante manifestó que fue obligado a realizar el traslado por la información que le brindó el asesor de PORVENIR S.A., pues dicho comportamiento no se puede predicar que esto constituya un acto de constriña la voluntad del demandante. Que al demandante se le entregó el formulario, el cual cumplía con la información necesarios y los requisitos de ley exigidos para la época decreto 692 1994 artículo 11, adicionalmente previa firma del formulario se le brindó una asesoría grupal cumpliendo con su deber de información. Que el demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente al RPM, pero no lo hizo, demostrando así su interés de seguir afiliado al RAIS. Que el motivo de este proceso no es por el hecho de como PORVENIR S.A haya administrado sus recursos sino por razones económicas sobre el monto de la mesada pensional en ambos regímenes, montos que desconoce, así como a su vez interpuso derecho de petición solicitando una proyección pensional que de igual forma manifiesta que desconoce, es así que la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño, pues no se podía determinar, ya que dependía de muchas variables con las que no se contaba en su momento. Que lo que se persigue en el acto jurídico de traslado es que los recursos del afiliado estén bien administrados. Que la prueba que extraña la juez de instancia frente a los documentos que acreditan la información brindada no eran una obligación vigente a la fecha, esta obligación se dio a partir del año 2016, por lo que no es cierto que se encuentra

en mejor posición de probar. Que el demandante no cumplió con su deber de diligencia y cuidado, y sumado a esto se resalta que la obligación del buen consejo y la doble asesoría surgieron años posteriores. Que en caso de dejar en firme la decisión de la ineficacia, solicita, que no se condene a la entidad al traslado de gastos de administración, y suma de los seguros previsionales, ya que dichos valores ya no se encuentran en el patrimonio de PORVENIR S.A., pues han sido destinados a lo que dispone la ley. Que en la sentencia se ordena devolver los rendimientos, y si nos atenemos al principio de restituciones mutuas no se puede predicar que existieron en algún momento, pues lo que se pretende es que las cosas vuelvan su estado anterior. Y que frente a las costas es claro que PORVENIR S.A. siempre actuó de buena fe cumpliendo con sus obligaciones. Por lo que solicita, se revoque la decisión de primera instancia.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

Manifestó en sus alegatos que, se debe confirmar la sentencia de primera instancia y condenar en costas a las demandadas. Ya que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, toda vez que la entidad demandada no logró demostrar que cumplió con su deber de información. Que como se evidencia el único soporte de prueba de la información dada es la copia del formulario de afiliación faltando al deber legal del artículo 60 de la ley 100 de 1993 y artículo 12 del decreto 720 de 1994, normas que obligan a los fondos a brindar una información suficiente, amplia para así poder tomar una decisión. Que el acto jurídico de cambio de régimen pensional debe estar precedido de establecer todos los pormenores que implica cada régimen, y por ende, la ineficacia es la consecuencia de la falta del deber de información. Que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, y no se puede entender que se cumplió con el deber de información solo por tener plasmada la firma en un formulario de afiliación, y recuerda que la nulidad de traslado opera tanto para las personas en el régimen de transición como en aquellas que no; sobre este último punto la Corte Suprema en sentencia SL14522-2019, indica que desde

la creación de los fondos de pensiones, surgió con ellos la obligación de información, la que no puede ser sustituida por el diligenciamiento del formulario de afiliación. Y que no se puede desconocer el precedente en materia de ineficacia como se menciona en la sentencia STL3186-2020.

✓ PORVENIR S.A.:

El fondo privado presentó alegatos de conclusión reafirmando lo expuesto en la apelación de la sentencia de primera instancia, adicionalmente a ello, manifestó que las condiciones del RAIS no son impuestas por la AFP, sino que dichas condiciones las establece la ley 100 de 1993, es así como la ignorancia de esta no sirve de excusa. Por otro lado, en cuanto a trasladar el bono pensional resulta improcedente pues este no debió haberse generado, este mismo debe ser emitido a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerios de Hacienda y Crédito Público. Que, en cuanto a las sumas de los gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima, estos descuentos han cumplido plenamente con su contenido y no se han dispuestos de ellos de manera antojadiza. Y que esta declaratoria de ineficacia genera un enriquecimiento sin justa causa dado a la inaplicación de los presupuestos legales.

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 del señor FERNANDO QUINTERO RAMÍREZ 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)** la devolución o no de los bonos pensionales; **iv)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; **v)** y las costas impuestas a PORVENIR S.A.

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 del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que se trasladó en el año de 1999, debido a que llegaron asesores de PORVENIR S.A a la Corte Constitucional, informado que era mejor afiliarse al RAIS, ya que la pensión sería mejor para ellos. Que estuvo afiliado al ISS desde que ingresó a trabajar en la Corte el 24 de febrero de 1993, y que, en el año 1999, le dijeron que era mejor estar en PORVENIR S.A. Que en la reunión grupal se realizaron preguntas sobre la favorabilidad de trasladarse a PORVENIR S.A., ya que estaba cerca de pensionarse y nunca se les dio una respuesta de cómo era el sistema de la entidad. Que en esa asesoría no se les brindaron las características suficientes para saber cómo funcionaba el RAIS. Que no conoce cómo funcionan los aportes voluntarios. Que no se le hizo ningún comparativo de las ventajas y desventajas sobre ambos regímenes. Que el motivo principal para retornar a COLPENSIONES, es por motivos económicos ya que en PORVENIR S.A solo le dan un bono pensional de \$50'000.000. Que cuando quiso trasladarse nuevamente al RPM se le manifestó que ya no podía hacerlo, debido a que había firmado el formulario de afiliación. Que no se trasladó a COLPENSIONES, toda vez que PORVENIR S.A nunca le respondieron a su solicitud. Que no recuerda haber solicitado una proyección pensional a PORVENIR S.A. Que no ha solicitado proyecciones a COLPENSIONES. Y que nunca ha presentado alguna queja ante ninguna AFP.

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 el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., y pese a que anexaron los documentos visibles de folios 29, 30 y 31 de la contestación de la demanda, esto es, los formularios de afiliación, mismos que suscribió el demandante, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de afiliarse a un régimen pensional, lo cierto es que estos documentos no son prueba suficiente para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de afiliarse a un determinado régimen pensional.

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 al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el 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 la afiliación al dicho 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 al demandante para la fecha de afiliación, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el primer traslado realizado al RAIS, se dio para el 11 de septiembre de 1998, como se observa en el SIAFP; 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 el actor 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 del actor dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que indicar que la información brindada se debe de analizar desde el momento de la afiliación inicial al régimen pensional, la cual fue realizada a PORVENIR S.A. en el año 1998, y no con los actos posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

“Por último, considera también la Sala que la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).” (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no

convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

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 la afiliación resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la ineficacia de traslado declarada por la juez, no obstante, se **MODIFICARÁ** la fecha de la misma, a raíz de que en el documento de folio 23 del PDF 07, figura el historial de vinculaciones del SIAFP, el cual indica que el primer traslado del demandante se efectuó el 11 de septiembre de 1998, debiéndose tener desde allí la falta de información al afiliado, y en consecuencia la transgresión de un deber legal de información.

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 el demandante no se hubiese afiliado al RAIS, 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 el demandante hubiese querido estar 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.

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.

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.

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.

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, al ser la presente sentencia revisada en grado jurisdiccional de consulta, y en resguardo del principio de la sostenibilidad financiera del sistema, **PORVENIR S.A.**, además de lo ordenado la juez, deberá trasladar la **prima de reaseguro de Fogafín**, y este concepto, deberá ser debidamente **indexado** con cargo a sus propios recursos, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

iii. Bono pensional.

En lo que respecta a la orden dada por la juez a PORVENIR S.A. de devolver los bonos pensionales, se tiene pues que la redención normal del mismo fue para el 10 de julio de 2021, fecha en la que el demandante cumplió los 62 años de edad; sin embargo, hay que tener en cuenta que, previo al pago del bono, debe surtir varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la afiliación válida del actor es la efectuada al régimen de prima media, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo que haya lugar. Por tal razón dicha orden deberá **REVOCARSE**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

iv. Excepción de prescripción de la acción.

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.

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.

v. Costas procesales

En lo que tiene que ver con la apelación interpuesta por PORVENIR S.A., en el sentido de no ser condenado en costas, ha de indicarse que al ser una condena objetiva que se le impone a la parte vencida en el proceso, no es potestativo del operador jurídico imponerlas, ni obedece a un mero capricho; y dado que este fondo fue al que se trasladó el actor originando la ineficacia por la falta del deber de información, conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso, debe tratarse como una parte vencida, y en ese sentido hay lugar a la imposición de costas a su cargo en un 100%, debiéndose **CONFIRMAR** la sentencia en este aspecto.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. por no salir adelante totalmente su recurso de apelación. Las agencias en derecho 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 **MODIFICA** 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.**, teniéndose en cuenta que esta se da a partir del 11 de septiembre de 1998, tal y como se indica en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se ordena a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos ya ordenados por la juez, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos.

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

CUARTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

QUINTO 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	Fernando Quintero Ramírez
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-024-2021-00094
DECISIÓN	Modifica, adiciona, revoca y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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