



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Lida Patricia Jaramillo Carmona
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A., e ING hoy Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-009-2021-00478
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 049** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **LIDA PATRICIA JARAMILLO CARMONA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-009-2021-00478**.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende se deje sin efectos las afiliaciones al RAIS, pues tales traslados fueron originados por omisión en la información, que vicia de forma total el consentimiento para dicho traslado.

Como consecuencia, que se declare el traslado sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES, y se ordene a PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. a realizar el traslado de los aportes de su cuenta de ahorro individual con destino a COLPENSIONES, asimismo, el fondo público

a recibir los aportes de pensión procedentes de los fondos privados y activar su afiliación en el RPM. Y que se condene en costas a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como supuestos fácticos de las pretensiones, manifestó que nació el 20 de enero de 1972. Que se vinculó a PROTECCIÓN S.A., con diferentes empleadores para un total de 487 semanas cotizadas. Que al momento de la afiliación nunca se le brindó toda la información pertinente de ambos regímenes. Que, sin consentimiento alguno, ni explicación por parte de algún funcionario de PROTECCIÓN S.A. como de ING, registra vinculado al Fondo de Pensiones y Cesantías ING, asimismo, al FGA FONDO DE GARANTIAS S.A. Que fue trasladada del fondo ING hoy PROTECCIÓN S.A., del cual nunca recibió asesoría alguna del porque su vinculación y de ahí la trasladan sin autorización alguna, a PORVENIR S.A. siendo actualmente el fondo que recibe los aportes para pensión. Que PORVENIR S.A. nunca le información sobre las condiciones que conllevaba dicho traslado, ni le brindaron toda la información necesaria. Que cuando cumplió los 49 años el fondo PORVENIR S.A. no le ha informado si desea continuar en el RAIS o si se quiere trasladar a COLPENSIONES, ya que esa era su última oportunidad para hacerlo. Que PORVENIR S.A. nunca le explicó que los aportes realizados hasta la fecha y con el salario devengado, sería imposible obtener una pensión igual o semejante a la que obtendría en el RPM. Que PORVENIR S.A. nunca le habló de las condiciones en que accedería a una eventual pensión de vejez, por cuanto, la afiliación realizada a PROTECCIÓN S.A. e ING en los años 1995 y 2003, también son inválidos. Que en el RAIS alcanzaría una pensión proyectada equivalente a un salario mínimo legal, lo cual afecta de forma grave su calidad de vida y su vejez, mientras que en el RPM su pensión estaría proyectada sobre la base del 65% del IBC. Que esta fue la asesoría y proyección de pensión que nunca recibió por parte de PROTECCIÓN S.A., ING y PORVENIR S.A. Y que el 1º de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual fue rechazado por encontrarse a 10 años del requisito de edad para pensionarse.

- **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

En su contestación manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la vinculación ni el reporte de semanas cotizadas. Que no le consta ninguna de las afirmaciones realizadas por la parte actora, por ser entidades ajenas, además, no hay sustento sobre dichas afirmaciones. Que es parcialmente cierto que la demandante solicitó a COLPENSIONES que se aceptara su afiliación al RPM y que dicha solicitud fue negada, y no es cierto que esta solicitud se presentó el 1º de octubre de 2019, pues en la documentación reposa que fue presentada el 16 de diciembre de 2019. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Y propuso varias excepciones de mérito.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Se pronunció frente a los hechos indicando que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta las relaciones laborales, sin embargo, se aclara que suscribió formulario de afiliación el 29 de junio de 1995. Que no es cierto que nunca se le brindó información del fondo, además, la demandante realizó traslados dentro del mismo RAIS, lo que demuestra que ratificó en diversas oportunidades su intención de pertenecer a este régimen. Que no es cierto que se vinculó a ING sin consentimiento alguno, toda vez que, después de recibir toda la información honesta, objetiva responsable y clara brindada por el asesor, realizó su valoración de conveniencia y de forma libre y voluntaria eligió. Que no es cierto que fue trasladada de PROTECCIÓN S.A. y luego SANTANDER, además de que, el traslado estuvo precedido de toda la información necesaria. Y que no le consta la afiliación, hechos o solicitudes elevadas a entidades ajenas. Se opuso a todas las pretensiones, y planteó varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

En su contestación manifestó que no le consta su fecha de nacimiento ni su edad. Que no le consta la vinculación con PROTECCIÓN S.A. ni las semanas cotizadas. Que no le consta los hechos relacionados a entidades ajenas a PORVENIR S.A. Que la vinculación de la demandante con PORVENIR S.A.

fue producto de su voluntad libre e informada, por lo tanto, no es cierto que no fue asesorada de manera debida. Que no es cierto que cuando cumplió sus 49 años, PORVENIR S.A. no le informó si deseaba continuar en el RAIS o si quería retornar a COLPENSIONES, pues se expidió una comunicación a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, sobre lo que se denominó el año de gracia a fin de poder efectuar los traslados de regímenes antes de que entrara en vigor la restricción de imposibilidad de trasladarse una vez le falten menos de 10 años para la edad requerida. Que no le consta la simulación pensional, toda vez que, es una consideración cuantitativa. Y que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES por tratarse de un tercero ajeno. Se opuso a todas las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 26 de julio de 2022, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante, realizadas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., y consecuencialmente para efectos pensionales se tiene que siempre estuvo vinculada al RPM.

Como fundamento de su decisión expuso que para toda afiliación debe estar precedida por la información suficiente, completa, veraz, amplia y oportuna para que la decisión a tomar de las personas este llena 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, por ello, para que se tome una decisión libre y consciente, esta debe de conocer cabalmente las opciones de los distintos regímenes, y al no entregarse la información suficiente para el traslado se genera la ineficacia del mismo.

Como consecuencia, **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a pagar a COLPENSIONES todos los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación de la demandante a esa entidad, y por los períodos en que permaneció afiliada a las mismas, cuya devolución incluye lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, los valores cobrados a título de cuota de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima, y las cuotas de seguros previsionales con los respectivos rendimientos. E

igualmente **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los respectivos rendimientos, los valores cobrados a título de cuota de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima, y las cuotas de seguros previsionales.

CONDENÓ a COLPENSIONES a que una vez alcance ejecutoria la providencia, se acepte el retorno a esa entidad de la demandante, sin solución de continuidad, y recibir los mencionados recursos para que vayan al fondo común que administra, sirvan para el financiamiento pensional y su equivalente en semanas se reflejen en sus historias laborales.

DECLARÓ no probadas las excepciones presentadas.

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

• **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

El apoderado de la entidad, presentó el recurso de apelación manifestado que el despacho no valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la vinculación de afiliación o formulario de afiliación, donde exponían que su decisión era libre y voluntaria. Que no se puede desconocer que PORVENIR S.A. siempre garantizó el derecho de retracto, conducta que se probó con la publicación en el diario El Tiempo. Que se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba la demandante. Que no procede la condena a la devolución de gastos de administración, pues se destina un 3% con el fin de financiar los cobros por la administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, y que dichos gastos en ningún régimen hacen parte integral de la pensión de vejez, y por ello son sujetos al fenómeno de la prescripción, y además, ordenar el traslado de estos gastos de administración a COLPENSIONES se está configurando un enriquecimiento sin causa en la medida en que no existe norma que disponga de tal devolución. Que el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos,

lo que evidencia que estos cobros por la administración no están destinados a financiar la prestación de la afiliada, por ende, no pertenecen a ellos sino al fondo privado como contraprestación, en consecuencia, no procederá dicha pretensión, pues deberá de condenarse de igual manera a las partes demandantes a restituir los frutos financieros que le fueron consignados a la cuenta de ahorro individual. Por lo que solicita se revoque la sentencia.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

El apoderado de la entidad, presentó sus alegatos de conclusión solicitando que se modifique la sentencia de primera instancia, toda vez que según lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la solicitud de afiliación o traslado se analiza de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, así las cosas el documento suscrito por la accionante solicitando el traslado, obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección. Que la accionante a la fecha de radicación de la solicitud de traslado al RPM, ya se encontraba inmersa en la limitante temporal de edad, por contar con 49 años. Que, en lo relacionado con la incidencia del principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social, debe decirse que los recursos económicos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir cualquier eventual retroactivo pensional. Que la declaratoria de traslado sin solución de continuidad al régimen de prima media, atentaría contra la sostenibilidad de seguridad social del régimen de prima media. Que COLPENSIONES no es sostenible indefinidamente, necesita de cotizaciones efectivas y de recursos extras destinados por el Gobierno Nacional, por lo que se busca es la sostenibilidad financiera del sistema. Y que en caso de la sentencia ser desfavorable, solicita el reintegro de la totalidad de la cotización, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de

Pensión Mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, todo de manera indexada.

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 LIDA PATRICIA JARAMILLO CARMONA a PROTECCIÓN 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 los fondos privados; *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 su interrogatorio expuso que para el año 1995 estaba cotizando a COLPENSIONES. Que en todas las empresas en que trabajó llegaban los asesores con sus formularios y con muy poca información. Que ella trabajaba bajo presión y no tenía la posibilidad de interactuar con la persona que la visitaba. Que no recuerda haber firmado el formulario de afiliación. Que su motivación para volver a COLPENSIONES radica en que se genera una mejor pensión, mejor calidad de vida y mejores rendimientos. Que no presentó inconformidades por haberse trasladado a PROTECCIÓN S.A. Que en dicha época la visitaban muchos asesores. Que no intentó afiliarse a

COLPENSIONES, ya que nunca la asesoraron de los beneficios o diferencias de ambos regímenes. Que no acudió a ningún canal de comunicación de PORVENIR S.A. Que nunca actualizó sus datos. Que no supo cuánto generaba de rentabilidad, debido a que nunca recibió documentos ni al correo ni físicos. Que no recibió aviso para brindarle una reasesoría. Y que no realizó aportes voluntarios.

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, debe decirse que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A. ni PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que se anexaron los formularios de afiliación de folios 46 y 48 de la contestación de PROTECCIÓN S.A. y 100 de la contestación de PORVENIR S.A., que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, pero lo cierto es que dicha información no es prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en

brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir nuevamente, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala, que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS de la actora fue el 29 de junio de 1995, 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.”*

Debe señalar esta corporación, que la demandante realizó traslados entre fondos privados, sin embargo debe dejarse claro que esto no significa que se hubiese revalidado la decisión, toda vez que como ya se precisó la institución aplicable en este caso es la ineficacia, y ello implica que mediante actos posteriores no se pueda obtener una ratificación, convalidación o saneamiento, puesto que la consecuencia de un acto jurídico que no cumplió los requisitos legales para su formación es la carencia de efectos, por lo que la movilidad de la actora dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, y no con los traslados 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.

Debe señalarse, que la demandante laboró al servicio de una entidad pública, la cual a través de su caja prestacional era la que anteriormente administraba sus propias prestaciones económicas, sin embargo, debe entenderse que la selección del régimen pensional de manera libre y voluntaria como lo exige la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b, al declararse la ineficacia de la afiliación, es el efectuado con la solicitud de folios 148 y 149 de los anexos de la demanda, en donde la actora manifiesta su interés de pertenecer al régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES.

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A., como primer fondo al que se afilió la actora, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo

suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privados:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS**, 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 ha identificado los siguientes conceptos:

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

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.

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.

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

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.

los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Conforme a lo anterior, al ser revisado el proceso en grado jurisdiccional de consulta, y en armonía con la sostenibilidad financiera del sistema, **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, además de lo ordenado por el juez, deberá devolver la ***prima de reaseguro de Fogafín***, que, junto con *las cuotas de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes*, ya ordenados, deberán ser debidamente ***indexados***, con cargo a sus propios recursos, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto las recientes providencias de la Corte Suprema de Justicia como lo son las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá **ADICIONAR** las condenas proferidas a los fondos privados, para **ORDENARLES** que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de PRESCRIPCIÓN, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no

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.

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 adelante el recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1'160.000.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **PORVENIR S.A.**, a

trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por el juez, la **prima de reaseguro de Fogafín**, que, junto con las *cuotas de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes*, ya ordenados, deberán ser debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, estos conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Lida Patricia Jaramillo Carmona
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-009-2021-00478
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