



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Jaime Alberto Agudelo Cardona
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-021-2021-00305
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El trece (13) de abril 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 070** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **JAIME ALBERTO AGUDELO CARDONA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-021-2021-00305**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

De conformidad con el artículo 74 y 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **MARIA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.152.225.557 y portadora de la tarjeta profesional N° 359.508 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **PORVENIR S.A.**

- **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, debiéndose tener como válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A., antes ING y a PORVENIR S.A. a devolver la totalidad de los aportes de la cuenta del demandante, con sus intereses, rendimientos a COLPENSIONES, para que sea esta última entidad, quien reconozca y pague la pensión de vejez de forma retroactiva a la fecha que cumplió con los requisitos de ley, junto con las mesadas adicionales de manera retroactiva e intereses de mora. Y que se condene en costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS:**

Frente a los hechos manifestó que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de enero de 1981. Que se trasladó al RAIS el 1° de agosto de 1996 a ING. Que ING fue absorbido por PROTECCIÓN S.A. Que se trasladó a PORVENIR S.A. el 1° de mayo de 2003. Que al momento de realizar los respectivos traslados a las entidades no se le brindó una correcta asesoría sobre las implicaciones del traslado. Que ni PROTECCIÓN ni PORVENIR S.A. le informaron que al realizar el traslado perdería los beneficios del RPM. Que actualmente cuenta con 62 años, pues nació el 28 de abril de 1959. Que ha cotizado más de 1.300 semanas en toda su vida laboral. Que el 8 de julio de 2021, solicitó a COLPENSIONES nulidad/ineficacia de traslado y el reconocimiento de su pensión de vejez. Que las administradoras privadas hicieron prevalecer sus intereses y no cumplieron con sus deberes legales. Y que la liquidación de la prestación económica en el RPM, sería muy superior que la que obtendría en el RAIS.

- **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que es cierto que estuvo afiliado al ISS desde el 16 de enero de 1981, y que es cierto que traslado del RPM al RAIS, de acuerdo a la prueba documental. Que no le consta hechos ajenos a COLPENSIONES. Que en cuanto al número de semanas cotizadas se atiende a lo que refleje la historia laboral. Que es cierta la edad y fecha de nacimiento del demandante. Y que, es cierto que solicitó a COLPENSIONES el regreso, el cual fue denegado. Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, pero no presentó oposición al traslado de los dineros por parte de PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., y formuló varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la vinculación a COLPENSIONES, ni ningún otro hecho relacionado con una entidad diferente. Que no es cierto que el traslado del demandante no se haya hecho bajo todas las directrices y entregado toda la información necesaria para realizar el traslado. Que no es cierto que el actor cuente con 1300 semanas en toda su vida laboral, ya que, para el 8 de febrero de 2022, cuenta con un capital ahorrado de 124.789.545 en el RAIS y 479.2 semanas para bono en el RPM, así constituye un total de 1.792 semanas cotizadas el SGP. Se opuso a todas las pretensiones y presentó varias excepciones de fondo.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la vinculación a Colpensiones, ningún otro hecho en el que este dirigido a un tercero. Que no es cierto como se presenta el hecho, ya que el actor se afilió a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de junio de 1996. Que es cierto que ING absorbió a PROTECCIÓN S.A. Que no es cierto que no le haya brindado una información al actor, pues esta fue brindada a través de promotores de manera integral, clara y comprensible sobre todo lo que implicaría el traslado. Que no es cierto que la afiliación no se haya dado de manera libre y voluntaria. Que es cierta la edad y fecha de nacimiento del demandante. Que no es cierto que la sociedad haya realizado una campaña agresiva de captación de afiliados para extraerlos del RPM. Y que no es cierto este fondo haya faltado a su deber

profesional de información. Se opuso a todas las pretensiones y propuso excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 05 de octubre de 2022, el Juzgado Vigésimo Primero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM efectuado por el actor al RAIS, y en consecuencia **DECLARÓ** que estuvo válidamente afiliada a COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Como argumento de su decisión expresó que, la sola indebida asesoría no da lugar a la ineficacia, pues esta debe de estar precedida por factores futuros al traslado, por lo que se debe mirar es con base en lo dispuesto en el artículo 272 de la ley 100 de 1993, al haberse demostrado la afectación grave del derecho a la seguridad social, como consecuencia no solo del traslado de régimen sino de la cantidad de eventos incierto que ocurrieron o no pudieron haber ocurrido a lo largo de los años y posteriores al traslado de régimen, razón por la cual se debe inaplicar la prohibición de traslado consagrada en la ley 797 de 2003, declarándose la ineficacia del traslado. Además, manifestó que el fondo privado tenía la obligación de demostrar el deber de información, los riesgos y desventajas del RAIS, pues no se puede hablar de voluntad y libertad a pesar de que se haya manifestado que se afilió libre y voluntariamente cuando no tenía un conocimiento informado.

ORDENÓ a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, y a esta a recibir los saldos de la cuenta de ahorro del demandante, incluidos los rendimientos financieros, y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, indexadas al momento del pago, descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que este estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

DECLARÓ probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento, improcedencia del reconocimiento de la pensión de vejez y no probadas las demás.

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

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó recurso de apelación manifestando que no comparte la ineficacia de afiliación, toda vez que como se ha venido manifestando PORVENIR S.A., brindó asesoría clara y suficiente, para que el demandante tomara una decisión consiente y que se ajustara a sus intereses, es así que no es cierto que no se le haya brindado ningún tipo de información acerca del RAIS, pues como se dejó probado con el interrogatorio de parte que el demandante conocía ciertos aspectos del RAIS. Que se aportó prueba documental, como lo es el formulario de afiliación, el cual se constituye como prueba suficiente para determinar que el demandante si tomó la decisión de manera libre y voluntaria. Que se debe revocar lo concerniente a la devolución a COLPENSIONES los dineros recibidos con motivo a la afiliación, y si se decide dejar en firme la declaratoria de ineficacia, no se condene al traslado de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues estos dineros han sido descontados por parte de PORVENIR S.A., acorde a un mandato legal, y son sumas de dineros que ya cumplieron con su cometido y no están en el patrimonio de la entidad, por consiguiente la orden de devolver estos valores atentaría con el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Y también se debe revocar la condena en costas, ya que PORVENIR S.A. cumplió con su deber legal y siempre ha obrado de buena fe.

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

- **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

Manifestó en sus alegatos que se revoque la sentencia de primera instancia pues no hay lugar a que se declare la nulidad o ineficacia de traslado al RAIS, ni que se declare la afiliación a COLPENSIONES, en la medida que no solo se pretende invalidar un acto plenamente válido, sino que produjo efectos jurídicos, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de Colpensiones. Que la afiliación del demandante a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. se realizó en ejercicio de su derecho a la libre escogencia del régimen pensional, es así como no se puede predicar un error por vicio del consentimiento. Que en el presente asunto se señala que existe falta de intereses en su vida pensional por parte del demandante, pues en el RAIS la pensión es el resultado del ahorro acumulado del afiliado en una cuenta de ahorro individual, el afiliado puede solicitar su pensión en cualquier momento o cuando cumpla la edad de pensión siempre y cuando disponga del capital suficiente; es así que sí el afiliado interactúa de forma proactiva con el fondo de pensiones, como realizando aportes voluntarios o los diferentes métodos de ahorro que ofrecen los fondos podría alcanzar una pensión a temprana edad, esto incrementos voluntarios son beneficios que tiene el RAIS sobre el RPM, que dan lugar a considerar que es un régimen más benévolo con sus afiliados. Que no se está frente a una falta de asesoría o un error en el consentimiento, sino ante una falta de interés, poca interacción o negligencia por parte del actor. Y que frente a la inversión de la carga de la prueba se tiene que para la fecha de afiliación o traslado se encontraba en vigencia el Decreto Ley 663 de 1993 y antes de 2009, año en el que se expide la Ley 1328, por lo que para la fecha de traslado solo se exigía a las Sociedades Administradora de Pensiones, atender el formulario con el lleno de los requisitos, para así demostrar la aceptación del afiliado, es así que imponer cargas diferentes a las vigentes a la época constituye a una situación de carácter imposible.

✓ PORVENIR S.A.:

La apoderada de la entidad en sus alegatos indicó que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de

la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y además de que contó con varias oportunidades de trasladarse y no lo hizo. Que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información, y le entregó información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo formulario de afiliación. Que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre ambos regímenes, lo cual no es una razón para predicar un engaño. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos. Que los documentos que acrediten la entrega de información no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014, y por ende tales obligaciones no existían para la época de afiliación y estas no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que se avizora un incumplimiento de la parte actora del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. Que las condiciones del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa. Que la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante debe ser revocada. Que si se deja en firma dicha decisión se solicita que no se condene a la devolución de porcentaje para garantía de pensión mínima, pues todos los descuentos realizados a la parte actora han cumplido plenamente su cometido, y además de que atenta contra la lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa, debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas. Que la inversión de los gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza. Y que debe de tenerse como objetivo constitucional la estabilidad y sostenibilidad financiera.

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 JAIME ALBERTO

AGUDELO CARDONA 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 del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que cuando entró a trabajar firmó toda la documentación requerida, ya que iba a empezar a trabajar con el municipio de Medellín. Que estando ahí se le manifestó que debía estar afiliado a un fondo de pensiones para poder trabajar, y que la persona con la que estaba firmando los papeles le manifestó que ahí se encontraba una asesora de PROTECCIÓN S.A. y se afilió con ellos. Que no le manifestaron las implicaciones el afiliarse a PROTECCIÓN S.A. Que posterior a eso no se acercó a ninguna oficina para saber sobre su situación pensional y no ha presentado ninguna queja. Que no recuerda que se le haya entregado copia del formulario de pensión obligatoria de PROTECCIÓN S.A. Que en cuanto a la afiliación a PORVENIR S.A., este se encontraba en la planta realizando sus labores y llegó un asesor de la entidad ofreciendo las garantías que tenía dicho fondo, que tendría una mejor pensión y que si se llegase a morir su esposa podría seguir recibiendo la pensión. Que no se le habló sobre los rendimientos financieros. Que se acercó a las oficinas de PORVENIR S.A. manifestando que se quería pasar al ISS, pero se le dijo que

este fondo privado era mejor, pues el ISS tenía muchos problemas para pagarle a los pensionados. Que su motivo para regresar a COLPENSIONES es porque hace unos dos años cuando ya iba cumplir los 62 años se acercó a PORVENIR S.A. y le dijeron que con este su monto pensional sería un mínimo, mientras que en COLPENSIONES sería mejor ya que le ofrecen mejores garantías. Que no ha dejado de realizar pagos a pensión y actualmente aún se encuentra cotizando. Y que no se ha acercado a ningún las dos administradoras para saber cómo mejorar su situación pensional.

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. ni PROTECCIÓN S.A. toda vez que, pese a que las entidades anexaron los documento visibles de folios 82 y 83 del archivo PDF07 y folio 46 del PDF08, esto es, los formularios de afiliación, mismos que el 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 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 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 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 el cambio de régimen pensional.

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

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

Con respecto a la información que se le debía brindar al 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 primer traslado al RAIS del actor fue el 26 de junio de 1996, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

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

No pasa por alto esta corporación, que 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 por ING hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1996, 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, ING hoy PROTECCIÓN S.A., como primer fondo al que se trasladó el demandante, 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, aclarando, que si bien se

comparte la conclusión final del juez de declarar también la ineficacia, no pasa lo mismo con su justificación, pues este se ciñe en el deber probar un daño objetivo con base en el artículo 272 de la ley 100, lo cual no es de aceptación para esta Sala, ya que como se explicó con anterioridad, la ineficacia se genera por el incumplimiento de un deber de información a cargo de la administradora, siendo calificada esta conducta en el momento inicial y no a partir de una condición de beneficio que le pueda traer al afiliado elegir uno u otro régimen pensional, ya que el menoscabo de la libertad para decidir por falta de información objetiva y veraz, es uno de los varios derechos fundamentales previstos en el artículo 53 de la Constitución Nacional que se ven afectados.

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 el 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 el 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.

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.

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.

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.

Conforme a lo anterior, **PORVENIR S.A.** fondo en el que actualmente se encuentra el demandante y atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema y a la revisión de la sentencia en grado jurisdiccional de consulta, PORVENIR S.A., además de lo ordenado por el juez, deberá trasladar los **gastos de administración**, que se componen del pago efectuado a *los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín* y los *pagos correspondientes a la AFP por su gestión*, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, siendo necesario **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

De igual manera, **PROTECCIÓN S.A.**, también deberá trasladar a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el juez, las **primas de seguros del Fogafín**, y este concepto junto con las *cuotas de administración* y los *seguros previsionales* ya ordenados, deberán ser debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, pero haciendo la claridad que es solo **por el tiempo en que el actor permaneció allí**. 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

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.

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 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 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.

En lo que respecta a la inconformidad de **PORVENIR S.A.** respecto a las costas procesales de la primera instancia, observa esta Corporación que no fue condenada a las mismas, por tal razón no hará pronunciamiento alguno, debiéndose en este sentido confirmar lo dicho por el juez; no obstante, al interponer el recurso de apelación y no salir avante el mismo, en esta instancia serán a su cargo. Las agencias en derecho de esta 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.** y **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia de primar instancia, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** a trasladar además de lo ordenado por el juez, los **gastos de administración**, que se componen del pago efectuado a *los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín* y los *pagos correspondientes a la AFP por su gestión*, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar además de lo ordenado por el juez, las **primas de seguros del Fogafín**, y este concepto junto con las *cuotas de administración* y los *seguros previsionales* ya ordenados, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, pero haciendo la claridad que es solo **por el tiempo en que el actor permaneció allí**.

CUARTO: Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, que, al momento de cumplirse la orden

de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación del 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.

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	Jaime Alberto Agudelo Cardona
DEMANDADO	Colpensiones, Protección S.A., y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 021-2021-00305
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 14 de abril de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 14 de abril de 2023 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO