



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Adriana Botero Arcila
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-016-2021-00031
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca 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 **076** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ADRIANA BOTERO ARCILA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-016-2021-00031**.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A.

Como consecuencia, se ordene la afiliación o reactivación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, debiendo PORVENIR S.A. trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, frutos e intereses, sumas adicionales, comisiones, cuotas de administración, aporte al fondo de solidaridad pensional, etc., a COLPENSIONES, para que este último los reciba. Y se condene a la demandada a las costas procesales.

• **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que nació 13 de octubre de 1964. Que tiene 1.185 semanas cotizadas según historia laboral aportada por PORVENIR S.A. Que la afiliación a PORVENIR S.A., fue sin recibir ningún tipo de información al iniciar su vida laboral. Que en ningún momento se le informó sobre las características del sistema, del derecho de retracto, de los bonos pensionales, no se le hizo un comparativo, y tampoco se le explicó de las desventajas del traslado. Que se enteró que la empresa había hecho cotizaciones al extinto ISS, y según PORVENIR S.A., fue llevada al Comité de Multivinculación, determinándose que la afiliación válida era a PORVENIR S.A. Que no se le realizó una reasesoría, ni se le informó sobre los factores que impactan la pensión como la expectativa de vida y sus beneficiarios. Que solicitó a PORVENIR S.A. estudios previos, reasesoría y la proyección de la mesada pensional, pero que, al ser de forma verbal, no había soporte de ello. Y que solicitó a Colpensiones el retorno al RPM, quien le otorga respuesta negativa el 29 de octubre de 2020.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento y edad de la demandante. que es cierta la solicitud realizada a Colpensiones y su respuesta. Que no le consta ningún otro hecho por encontrarse fuera del conocimiento y dominio de la entidad, por tanto, debe probarse. Se opuso a las pretensiones y presentó varias excepciones de fondo.

- ✓ PORVENIR S.A.:

En la respuesta a la demandada manifestó que no le consta la fecha y edad de la demandante ni el número de semanas cotizadas. Que no le consta su vinculación al ISS ya que es un tercero ajeno. Que no es cierto que la afiliación que se dio en el año de 1994, no se haya dado de manera libre y espontánea, ya que esta se dio después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales. Que se atiende al tenor literal e íntegro de los documentos expedidos por esta entidad. Y que no es cierto que el traslado de la actora no se haya hecho bajo el

cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose una debida asesoría. Se opuso a las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 11 de octubre de 2022, el Juzgado Decimosexto Laboral del Circuito de Medellín, **NEGÓ** la totalidad de las pretensiones elevadas por la demandante en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión expuso que, de conformidad con el efecto que se da la ineficacia en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 68852, es aplicarle los efectos ex nunc, es decir como si el acto nunca hubiese ocurrido, para devolverlos al estado anterior, esto implica que a una persona se le anula un acto jurídico porque está viciado por no brindarle la información necesaria, obligación que está en cabeza del fondo del RAIS, y por no cumplir la carga al interior del proceso, hace que ese acto deba desaparecer del orden jurídico y devolver las cosas al estado anterior. Que, en el caso en concreto, la primera afiliación de la demandante fue al RAIS, ya que nunca ha estado afiliada al RPM, es así que esta jurisprudencia no podría ser aplicada porque no comparte los patrones fácticos de esta providencia. Adicionalmente manifestó que en casos de la primera afiliación no está el deber de realizar proyecciones pensionales, entre otras cosas, ya que es la persona la que elige afiliarse, pues lo que la Corte Suprema ha protegido es que a la persona no la engañen, por lo tanto, no se puede aplicar la ineficacia.

DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Y, **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

- **APELACIÓN:**

✓ DEMANDANTE:

En su recurso de apelación manifestó que, teniendo en cuenta los fundamentos de la sentencia, expone que el juez alegó que existe una disanalogía fáctica porque la Corte solo ha protegido que no sean engañadas

aquellas personas que de alguna forma tenían un régimen previo, por lo que de conformidad con lo anterior, se debe tener en cuenta que de fondo se estaría dando una interpretación errónea y discriminatoria al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que este no exige que el que demande una ineficacia sea titular de un status en particular o no restringe la protección de la declaratoria de la ineficacia para quienes hayan pertenecido previamente al RPM, así que si la norma no está haciendo ninguna distinción, no debería realizar el intérprete de la misma, y que esta distinción sería lesiva de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, porque sería equivalente a firmar que el derecho del consentimiento informado solo acompaña a las personas que tuvieron una previa inicial al RPM. En segundo lugar, la demandante se percató de su situación con el ISS en el año 2013, cuando terminó su vinculación laboral con la empresa Prima Tela, mas no en el 2012, como se argumenta, sin embargo, el mismo órgano de casación laboral ha manifestado en reiteradas ocasiones que en materia de ineficacia, la búsqueda de la protección del derecho al consentimiento informado es imprescriptible. Y, en tercer lugar, resalta que la Sala de Casación, es enfática en advertir, que no se mira la inducción en error sino una afiliación carente de información, y lo que se protege de fondo es el consentimiento informado, ya que el fondo de pensiones no brindó ninguna información antes, durante y después de la afiliación como lo dicta la ley. Que no se puede concluir que frente al quebranto de la norma que impone un deber de información sea necesario desestimar las pretensiones, puesto que no se aprecia inducción a error, y en realidad lo que se castiga, es la vulneración de la libre escogencia de régimen. Y que ni el artículo 271 de la ley 100 de 1993, ni la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral como tampoco la Corte Constitucional, restringen el ámbito de aplicación de la declaratoria de ineficacia en discriminación de aquellas personas que no tenían una vinculación inicial al RPM, motivo por el cual el juez de primera instancia no podría adoptar esta posición, postura que se torna discriminatoria.

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

Presentó sus alegatos de conclusión con los argumentos confirmando lo expresado en el recurso de apelación interpuesto, adicionando que la postura del Tribunal es acorde con la jurisprudencia emanada en la Sala de Casación

como con la Corte Constitucional como lo enfatizó en sentencia T-191 del 23 de junio de 2020, donde acotó que la afiliación por primera vez al régimen como el traslado se rige bajo dos principios que son el de la libertad de elección y el deber de las administradoras de brindar una buena asesoría, informando todos los pormenores del régimen. Y, finalmente aclaró que los elementos probatorios obrantes en el plenario, como en el interrogatorio de parte surtido por la demandante no acreditan que las administradoras de pensiones hayan cumplido con su deber de información, de ahí que sea la procedencia de declarar la ineficacia, por lo que debe revocarse el fallo de primera instancia y acceder a las suplicas de la demanda.

✓ PORVENIR S.A.:

Interpuso alegatos de conclusión manifestando que se debe confirmar la sentencia, ya que el despacho no valoró que el consentimiento informado se materializó con la solitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, el cual expresaba que el actor, hacía costar de manera libre, espontánea y sin presiones la escogencia de ahorro individual habiendo sido asesorados respecto de este de este y de otros conceptos, conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 de 1993. Que esta entidad siempre le garantizó al demandante el derecho retracto, como se comprueba con la publicación del diario El Tiempo. Que no se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad del demandante para trasladarse. Que aduce el juez de primera instancia que no se allegó pruebas del cumplimiento del deber de información, esta inferencia no se ajusta a la realidad procesal, ya que se cumplió con la carga procesal aportando documentos que para la fecha debía mantener en sus archivos, dando así lugar a una violación del debido proceso y a la confianza legítima. Que no se puede confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad, en el caso hipotético de declarar la ineficacia de un acto la ley 100 en su artículo 113 literal b establece cuales son los dineros que se deben devolver, es así como se establece que no se pueden ordenar sumas diferentes a las referentes a la norma. Que no se logró probar la mala fe de PORVENIR S.A., y por lo tanto, no se puede condenar a esta restituir a COLPENSIONES los rendimientos por la buena gestión de los aportes del demandante, ni las sumas de seguros, ya que estos dineros fueron pagados a un tercero que cumplió con su obligación de protegerlo de cualquier posible contingencia, y en el caso tal que el Tribunal considere que se deba

integrar la totalidad de los rendimientos, se solicita descontar por la sociedad las restituciones mutuas.

✓ COLPENSIONES:

Una vez transcurrido el término de traslado, Colpensiones en sus alegatos, teniendo en cuenta que si bien se absolvió de todas las condenas, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que se demostró que la demandante quien pretende valerse de negociaciones indefinidas, es quien debe demostrarse en situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad para poder probar la insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en algún modo se logra satisfacer únicamente en el interrogatorio de parte, sin embargo, no se logra el desestimar las pretensiones. Que es el juez quien debe salvaguardar el derecho a la prueba, y a quien le corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar sus pretensiones. Que en caso la demandante tenía que probar que hubo un incumplimiento del deber legal de las AFP, para que así la carga de la prueba se pudiera desplazar, aspecto que no ocurrió, por lo que se debe aplicar las normas que regulan la carga estática de la prueba. Que es deber del juzgado establecer los alcances del deber ser de información, para definir si en el caso en concreto, se debe establecer un estándar probatorio. Que la Corte Suprema de Justicia, petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, convirtiéndola en una prueba tasada, y el valor probatorio se lo debe dar el juzgador. Que teniendo de presente sentencias como las C-1024/2004, SL1424-2019 y SL 3537-2021, se deben tener en cuenta las características particulares de cada caso y no se deben desconocer principios fundamentales como la autonomía de la voluntad y libre escogencia de régimen. Que hay que tener en cuenta lo que se comprendía o entendía como deber de información para la época cuando se efectuó el traslado, por lo que solo se debía poner en conocimiento del afiliado, el reglamento del fondo y una explicación de fácil comprensión. Y que en el evento que se opte por acceder las pretensiones de la demanda, se realice la devolución de aportes de forma integral, sin descuento alguno.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver de conformidad con el recurso interpuesto, será: *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora ADRIANA BOTERO ARCILA a PORVENIR S.A., como primera administradora a la que se afilió la actora, fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; *iii)* y, la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que la afiliación de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,

- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.

(ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.

(iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que la vinculación inicial al sistema general de pensiones en el año de 1994, fue a PORVENIR S.A., toda vez que trabajaba con su padre y este le llevo un formulario de afiliación, el cual firmó sin tener ningún asesor al lado o ningún otro tipo de información. Que en el año 2002 comenzó a trabajar con la empresa Prima Tela, en donde solicitó que la afiliaran al ISS hoy Colpensiones, pero que en el año 2013 cuando se retiró de la empresa solicitó una historia laboral en el ISS, en la cual se reflejaba que esta no estaba afiliada al ISS. Y que todos esos años la empresa le realizó los aportes al Seguro Social, pero nunca se le informó que no se encontraba afiliada al ISS, y que este reembolsaba las cotizaciones a PORVENIR S.A.

Sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así

mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que la entidad anexó el documento visible de folio 12 del PDF11, esto es, el formulario de afiliación, mismo que la demandante suscribió, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de afiliarse al RAIS, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de afiliarse al RAIS.

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.

Es importante manifestar que si bien la demandante firmó el formulario de vinculación, en el que consta 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 a dicho régimen pensional, como tampoco las distintas ventajas o desventajas del fondo privado, como son las modalidades pensionales, la forma de proyectar la mesada pensional, los descuentos realizados a sus cotizaciones.

Pues bien, con respecto a la información que se le debía brindar a la 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, la afiliación al RAIS de la actora fue el 9 de junio de 1994, 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, y con el interrogatorio de parte se observa un total desconocimiento de la demandante en aspectos fundamentales que se rigen en el RAIS.

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.*”

Por otro lado, es necesario revisar lo consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, que habla de las características de la seguridad social, el cual señala:

*“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1°. del artículo 271 de la presente ley”*

De acuerdo lo transcrito, y remitiéndonos al artículo 271 de la ley 100, este señala que **no será eficaz**, el traslado si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y señala además que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado”,* no solo a la multa, sino que indica en forma expresa **“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”**, es decir, que se refiere a la ineficacia del acto jurídico.

Es importante señalar, que si bien la actora no estuvo afiliada con anterioridad a COLPENSIONES, en estos casos, 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 la efectuada con la solicitud elevada a COLPENSIONES de folios 16 y 17 del PDF 5 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, indicándose que todas las ratio decidendi de las providencias acá enunciadas, si resultan plenamente aplicable a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por primera vez, debido a que lo relevante de estos casos es que se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró *la información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia.

Se tiene entonces que, PORVENIR S.A., fondo al que se afilió por primera vez la 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 **REVOCAR** la providencia en este sentido, y en su lugar se **DECLARARÁ** la ineficacia de la afiliación al RAIS, en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, entendiéndose que la actora estuvo afiliado al RPM administrado en la actualidad por COLPENSIONES sin solución de continuidad, debiéndose continuar con el estudio de los efectos de la ineficacia.

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, 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 afiliado al RAIS, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el fondo privado, 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 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.

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.

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

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

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

Por lo anterior, teniendo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, **PORVENIR S.A.**, deberá trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a los **gastos de administración**, que se componen del pago de *seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión*, conceptos que deberán ser trasladados debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos; y además también deberá trasladar lo destinado al **Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁷ Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto las 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 **ORDENAR** las condenas proferidas al fondo privado, para ordenarle 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.

Corolario de todo lo dicho, es que la sentencia que se revisa por vía de apelación merece ser **REVOCADA**.

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 las dos instancias son a cargo de PORVENIR S.A. conforme al numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso. 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 **REVOCA** la sentencia de primera instancia, en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación a **PORVENIR S.A.** de la señora **ADRIANA BOTERO ARCILA**, debiéndose tener para todos los efectos afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: Se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, los **gastos de administración**, que se componen del pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión, debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos; y también deberá trasladar lo destinado al **Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

TERCERO: Se **ORDENA** a **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: Se **ORDENA** a **COLPENSIONES**, activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y a recibir las sumas de dinero devueltas por el fondo privado.

QUINTO: Las costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motivan 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	Adriana Botero Arcila
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-016-2021-00031
DECISIÓN	Revoca 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	CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Fijado el 14 de abril de 2023 a las 8:00am	Se desfija el 14 de abril de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO