



**SENTENCIA**

<b>PROCESO</b>	Ordinario laboral
<b>DEMANDANTE</b>	Leticia Pérez de Arévalo
<b>DEMANDADOS</b>	Colpensiones y Porvenir
<b>RADICADO</b>	<b>05 001 31 05 003 2020 00017 01</b>
<b>TEMA</b>	Ineficacia de traslado
<b>DECISIÓN</b>	Revoca sentencia

Medellín, 27 de octubre de 2023

En la fecha anunciada, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín procede a desatar los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adopta el proyecto presentado por el magistrado ponente, que se traduce en la siguiente sentencia.

**Reconocimiento de personería**

Se reconoce personería a la abogada Karen Sofia Sánchez González identificada con TP 383959 del CSJ para que actúe como apoderada inscrita de la firma Godoy Córdoba Abogados SAS en representación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.

En los términos del artículo 75 del CGP se acepta la renuncia al poder efectuada por Sara María Vallejo Garcés con TP 358434 del CSJ, quien actúa como apoderada sustituta de la parte demandante.

**Pretensiones**

La demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) ante la AFP Porvenir, por existir vicio en el consentimiento y, por tanto, se declare

válida y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado por Colpensiones.

En consecuencia, que se ordene a Porvenir el traslado a Colpensiones de todos los valores recibidos que hagan parte de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos causados y sin deducciones.

### **Hechos**

Como supuestos fácticos relató que nació el 28 de septiembre de 1955; que inició sus cotizaciones en el Sistema General de Pensiones a través del RPMPD en 1997; que, en marzo de 1998, se trasladó a Porvenir, sociedad que no cumplió con su deber de información ya que no le brindó asesoría frente a las condiciones (riesgos y beneficios) de su derecho pensional en el RAIS, ni le explicó que le era más favorable continuar en el RPMPD, dadas sus condiciones particulares, induciéndola a error; que, el 22 de octubre de 2019, recibió respuesta al derecho de petición elevado ante Porvenir en el cual le manifiestan que están recaudando la información solicitada, que reposa en los archivos históricos, sin que haya un pronunciamiento posterior; que efectuó reclamación administrativa ante Colpensiones con el fin de obtener el traslado de régimen, entidad que atendió la solicitud el 15 de octubre de 2019, afirmando que era improcedente, en razón de su edad; finalmente, afirma que el daño que va a sufrir es latente, ya que la desmejora en su mesada pensional en el RAIS, frente a la que podría obtener en el RPMPD, es sustancial.

### **Contestaciones**

Colpensiones manifestó que es cierta la fecha de nacimiento de la actora, la data en que se afilió inicialmente al RPMPD y la solicitud elevada ante Colpensiones. Sobre los demás hechos, sostiene que no le constan por corresponder a afirmaciones sobre terceros ajenos a Colpensiones o indica que no son fundamentos fácticos.

Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra y propuso las excepciones de fondo que denominó imposibilidad de pago de intereses moratorios; indebida notificación del auto admisorio de la demanda; inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Porvenir ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen; falta de legitimación en la causa por pasiva; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; inexistencia de la obligación, por ausencia de uno de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez; imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

Porvenir dijo que no le consta la fecha de natalicio de la demandante, ni la afiliación a Colpensiones, ni el derecho de petición presentado ante dicha entidad, ni el resultado de la proyección pensional aportada. Sobre los demás hechos, indicó que no le constan.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **Sentencia de primera instancia**

El 27 de abril de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, declaró que Porvenir faltó a la obligación de diligencia debida y buen consejo que debió desplegar a favor de la demandante en el momento del traslado en 1998, al no darle a esta la información amplia, veraz y oportuna en ese momento y durante toda su afiliación a ese fondo.

Declaró que Porvenir causó menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante cuando cumpla las 1300 semanas cotizadas, pues la edad de 62 años ya la cumplió, por lo que declaró a la AFP profesional y constitucionalmente responsable. En consecuencia, declaró la inaplicación constitucional (art. 53, inc. 5 CP y art. 272 Ley 100 de 1993) de los efectos jurídicos de pérdida del RPMPD acaecido en cabeza de la actora, cuando se trasladó de Colpensiones a aquella AFP. Absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones.

Le ordenó a Porvenir SA que reconozca, liquide y pague a la actora la pensión de vejez bajo el RPMPD, cuando al menos complete 1300 semanas de cotización y para lo que deberá adjuntar certificado de retiro laboral. Dispuso que la AFP, dentro del mes siguiente a la fecha en que pague la prestación a la demandante, solicite por escrito a Colpensiones la elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a obtener la subrogación pensional. En consecuencia, ordenó a Colpensiones que, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de esta solicitud, elabore el citado cálculo actuarial y dentro de ese mismo lapso, lo presente por escrito para que la administradora del RAIS, dentro del mes siguiente al que reciba el valor de dicho cálculo proceda al pago real y efectivo de este ante Colpensiones.

Advirtió a Porvenir que mientras no pague el cálculo actuarial pensional, queda obligada a continuar pagando la pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante. Colpensiones subrogará en tal obligación a Porvenir desde el momento en que real y efectivamente recibiera el pago del cálculo actuarial.

Autorizó a Porvenir a enjugar parte del valor del cálculo actuarial que le ordenó pagar tomando para sí los ahorros pensionales de la afiliada, los rendimientos financieros, el bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegare al haber de la cuenta de ahorro pensional de la misma.

Declaró no prósperas las excepciones propuestas por Porvenir y próspera la de intransmisibilidad de responsabilidad de las AFP a Colpensiones, presentada por esta última. Por último, condenó en costas procesales a Porvenir.

Consideró el juez, que las entidades que realizan gestión fiduciaria como las AFP no tienen obligación de resultado ya que su actividad económica depende de los vaivenes financieros de la economía, pero, a cambio de no tener que garantizar un resultado, tienen una obligación instrumental o de medio, de diligencia debida o buen consejo, que se concreta en el hecho de que las entidades financieras deben asesorar e informar ampliamente al usuario del sistema financiero de los riesgos que corre, de las características, de los contratos o actos jurídicos que asume; también deben verificar las condiciones particulares y específicas que atañen al ahorrador pensional, a su vez, deben hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes.

Agregó que el fondo privado, al no dar información clara y oportuna, es el que debe responder por esta falta, sin que se pueda obligar a un tercero, como Colpensiones, a recibir los dineros y rendimientos, para que sea quien responda, pues la actividad financiera de los fondos de pensiones no es gratuita sino onerosa, ya que se desarrolla con el ánimo de obtener beneficios. Especificó que, al tenor del art. 10 del Decreto 720 de 1994, si las administradoras no dan información suficiente, deben estar prestas a responder por ello, sin trasladar la carga al RPMPD, ya que no pueden beneficiarse de su propia culpa; que el art. 271 de la Ley 100 de 1993 contiene una sanción administrativa y pecuniaria, de allí que se faculte a los ministerios a cobrar una multa a quienes han violado el derecho a la seguridad social de afiliación.

Por último, expresó que, si bien las administradoras privadas no pagan pensiones de prima media, por haber causado un daño, y al declararse la ineficacia, deben asumir que la actora tiene derecho a pensionarse bajo los parámetros de ese régimen, pero lo que se debe ordenar es que, a título de indemnización de perjuicios, el fondo privado devuelva un

cálculo actuarial por subrogación pensional que cubra la totalidad de las actividades financieras, económicas y logísticas que debe realizar Colpensiones para el pago de la mesada pensional.

## **Apelaciones**

*Porvenir SA*

En su recurso, solicita que se revoque la decisión de primer grado. Afirma que no comparte la declaración de inaplicación constitucional del acto jurídico de traslado de régimen pensional en el entendido de que el traslado de la demandante obedeció a una decisión voluntaria en el momento en que una asesora le brindó asesoría y le explicó las características propias del RAIS, por ejemplo, la devolución de saldos.

Dice que dentro del proceso se demuestra que esta AFP cumplió con el deber de información a la actora de conformidad con la normativa vigente en el momento del traslado, pues le brindó la información necesaria y obligatoria para ese entonces, a partir de la suscripción del formulario de afiliación. Posteriormente, en los años 2010, 2014, nacen las exigencias para los fondos en cuanto a la forma y contenido de las asesorías, las que no se pueden aplicar de manera retroactiva. Añade que la actora hizo varios traslados entre fondos privados, con lo cual reiteró la voluntad de pertenecer al RAIS.

Sostiene que la parte demandante incumplió con el deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios, por lo que no puede beneficiarse de su culpa o negligencia, pues no acudió a los canales de comunicación de Porvenir ni de Colpensiones, siendo improcedente endilgar toda la responsabilidad a Porvenir. Además, no se probó ningún perjuicio que deba resarcir la AFP, ya que la pensión de la actora no es un derecho consolidado, máxime cuando le falta el requisito de semanas en el RPMPD, mientras que en el RAIS ya tiene los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima.

Afirma que los regímenes pensionales son diferentes ya que sus características y formas de financiación entre otros son y excluyentes entre sí, y debe tenerse en cuenta en estos casos la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

### *Colpensiones*

Solicita que se modifique la sentencia de primera instancia en cuanto a la elaboración del cálculo actuarial a efectos de la subrogación pensional, y en su lugar, se dé aplicación a la línea jurisprudencial de la CSJ, es decir, que la AFP devuelva todos los conceptos de la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones para que hagan parte de los recursos para reconocer prestaciones en el RPMPD.

### **Alegatos**

Colpensiones expone consideraciones similares a las del recurso de apelación, y agrega que la responsabilidad de las AFP frente a las nulidades o ineficacias de traslado, no solo se deben reparar el daño individualmente sometido a consideración de un juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, lo que afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Afirma que una ineficacia repercute, en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación con efectos patrimoniales en cabeza de Colpensiones, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos del afiliado, no pasaría el criterio de la “necesidad”, toda vez que existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, y es que quien se deba hacerse cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la ineficacia sea la AFP, quien ha administrado dichos recursos y ha generado los respectivos rendimientos. Añade que la Corte Constitucional ha dicho que el

derecho a la libre elección entre los diferentes regímenes no es un derecho absoluto.

Porvenir solicita la revocatoria de la decisión de instancia, argumentando que el juez usó indebidamente las facultades *extra* y *ultra petita* del art. 50 del CPTSS, ya que los perjuicios a los que se refiere no fueron demostrados y las simulaciones pensionales aportadas no configuran un derecho consolidado, pues la actora no tiene un derecho pensional reconocido. Afirma que los hechos que originan la decisión deben ser discutidos y estar debidamente acreditados, condiciones que no se cumplen en este proceso.

Frente a la declaración de que la demandante sigue inmersa en el RPMPD, dice que no existen razones fácticas o jurídicas para esa decisión ya que la actora de manera espontánea y sin presiones firmó el formulario de afiliación a Porvenir como lo indicó en su interrogatorio de parte. Adiciona que esta AFP cumplió con el deber de información establecido para la época, traído en el art. 97 del Decreto 663 de 1993, de buen consejo, doble asesoría y desincentivación de la afiliación, que son obligaciones surgidas en el año 2010 y 2014, y no se pueden aplicar retroactivamente a la fecha del traslado. Manifiesta que la motivación de la actora para solicitar el traslado vía judicial es la diferencia entre la mesada pensional causada entre los regímenes, esto es, que no se cumplirán sus expectativas pensionales, lo que no podía determinarse al momento de su afiliación, por tanto, como ha indicado la CSJ, no puede predicarse un engaño solo por esta circunstancia. Sostiene que la Ley 100 de 1993 regula las condiciones del RAIS y el desconocimiento de la Ley por la actora no sirve de excusa para no darle efectos.

En lo referido a pagar a la demandante la pensión de vejez bajo las reglas del RPMPD, dice que esta condena desconoce el ordenamiento jurídico, pues el legislador creó dos sistemas pensionales con forma de reconocimiento y liquidación de las prestaciones económicas distintas y excluyentes entre sí. Además, esto no fue solicitado en las pretensiones de la demanda.



Solicita que no se condene en costas a Porvenir, ya que siempre obró de buena fe.

### **CONSIDERACIONES**

Los problemas jurídicos que debe resolver la Sala, conforme a los recursos interpuestos y en el grado jurisdiccional de consulta que cobija a Colpensiones, son: (i) determinar si el juez desbordó las facultades *ultra y extra petita* y el principio de congruencia según el objeto del litigio; (ii) si el acto jurídico de afiliación de la señora Leticia Pérez de Arévalo a Porvenir fue válido o si es ineficaz; (iii) de prosperar la declaratoria de ineficacia, se deberá analizar la orden dirigida al fondo privado de reconocer la prestación económica de vejez como si fuera del RPMPD, y, posterior a ello, solicitar el cálculo actuarial a Colpensiones con miras a la subrogación pensional o, por el contrario; (iv) se determinará si los fondos privados deben trasladar todos los conceptos de la cuenta individual a Colpensiones para que sea quien asuma la afiliación y la prestación económica de vejez; (v) por último, se analizará si opera o no la excepción de prescripción de la acción.

#### ***i. Facultades ultra y extra petita y principio de la congruencia.***

El art. 42 del CGP, en lo que respecta a los deberes del juez, establece en el numeral 5.º lo siguiente: «Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia».

Por su parte, el art. 281 del citado código, aplicable en materia laboral por disposición del canon 145 del CPTSS, señala: «La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley».

Con respecto a las facultades *ultra* y *extra petita*, indica el art. 50 del CPTSS que «el Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados».

Conforme a las normas enunciadas, debe tenerse en cuenta que para la procedencia de los fallos *ultra petita* es necesaria la verificación de dos condiciones, tal y como se ha establecido en sentencia C-662 de 1998; estas son: (i) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y (ii) que estos estén debidamente probados.

Aplicando lo anterior al caso de autos, considera la sala que el juez de primera instancia extralimitó sus facultades, toda vez que las pretensiones contenidas en la demanda iban dirigidas estrictamente a que se declarara la ineficacia de la afiliación al RAIS, con el consecuente traslado a Colpensiones de los recursos acumulados en los fondos privados.

De esta manera, cuando la sentencia de primera instancia declaró la inaplicación constitucional de los efectos del traslado del RPMPD al RAIS, y encontró probado un perjuicio económico a la parte accionante, ordenándole al fondo privado que reconozca la pensión de vejez bajo las normas del RPM, más la elaboración de un cálculo actuarial pensional con miras a subrogación de ese deber, y a sabiendas que se trata de pretensiones ajenas a la demanda, frente a las cuales el fondo privado nunca pudo ejercer una defensa técnica, se genera una evidente vulneración al derecho fundamental al debido proceso y a las garantías de contradicción y defensa, razón por la cual, la sentencia emitida en primera instancia deba ser revocada.

En igual sentido se procederá en cuanto a los perjuicios declarados por el juez, ya que, fuera de ser necesaria su demostración para que se genere la indemnización, en las pretensiones de la demanda no obra

solicitud de reconocimiento de reparación alguna, como tampoco fueron acreditados por la parte activa los daños que el juzgador pretendió resarcir, a más de que el fondo accionado tampoco tuvo la posibilidad de ejercer el derecho de defensa frente a esa decisión.

***ii. Acto jurídico de afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional***

La sala comienza por hacer un recuento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acerca del tema.

La corte advierte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Agrega 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 de dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, y señala que la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo omita suministrar información que favorezca la libre y voluntaria selección de régimen. Tal acto indebido, según esa corporación, tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Además, indica 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, de manera que se sanciona la ausencia en el suministro de información relevante.

Más adelante, la citada corporación precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, los 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) Esa información debe ser completa y comprensible.

- (iii) Dichos datos deben proporcionarse con prudencia, bajo el parámetro del buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que le perjudique.

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, independientemente del esquema pensional que lo cobije.

Así las cosas, lo dicho 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 art. 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 los derechos prestacionales del afiliado, de modo que no basta con explicarle 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 la declaración de aceptación de esa situación.
- (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 manera, 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 con 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 y del 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.

Esta decisión tiene como soporte la línea jurisprudencial de la citada corporación, Sala de Casación Laboral, plasmada en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519-2015; 47125 de 2017, SL19447-2017 y SL17595-2017; SL3496-2018 y SL4989-2018; SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019; STL3716-2020, STL4001-2020, STL4084-2020, SL2611-2020, SL2877-2020 y SL4811-2020; SL1217-2021, SL782-2021, y SL445-2022.

Al aplicar ese precedente al caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon la afiliación de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que la actora inició su vida laboral al servicio de la Alcaldía de Ocaña, desde hace 26 años hasta la fecha, desempeñándose como auxiliar administrativo y su salario es de \$2.400.000 actualmente. Inicialmente se afilió a Colpensiones y luego se trasladó a Porvenir. Su motivación para ese traslado fue que una asesora llegó a la empresa a decirle que, si la desvinculaban de la empresa, el fondo le devolvería los dineros de sus aportes y, sostuvo que en esa asesoría no se le informó sobre las condiciones pensionales en ninguno de los regímenes. Afirmó que nunca fue citada por la AFP a efectuar una proyección pensional y que quiere regresar al RPM porque su mesada sería inferior en el RAIS, sin embargo, en ningún momento se ha acercado ni a Colpensiones ni a Porvenir a efectos de

recibir asesoría. Sostuvo que quiere trasladarse a esta última entidad porque es del gobierno y siente más seguridad allí, ya que en el fondo privado la pensión depende de lo que tenga ahorrado y su salario no es muy alto por lo que no podría acceder a esta prestación.

Ahora, sobre la carga de la prueba, la sentencia CSJ SL4426-2019 expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa de que el afiliado plantea una negación indeterminada —que no recibió información idónea—, luego, es la AFP a quien le corresponde dar certeza de que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que está en una mejor posición de ilustrar al juzgador, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Asimismo, con base en la anterior jurisprudencia citada debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora puesto que, como entidad especializada, cuenta con la experticia necesaria para que a través de sus asesores se dé a conocer a los afiliados que pretende captar cuáles son los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el régimen al que les proponen afiliarse.

En tal virtud, sucede que las afirmaciones de la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por Porvenir, toda vez que, pese a que se anexaron los formularios de afiliación de folio 30 del PDF 19, suscrito por la actora, lo que en un principio indica que existió asesoría acerca de cuáles eran los efectos del traslado de régimen, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar si, efectivamente, al accionante se le dispensó una completa asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe reiterarse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa prenegocial —anterior a la materialización del consentimiento— consiste en brindar información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que lo que ahora se revisa

es si la AFP que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que el hecho de que la demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que escogió el régimen de ahorro individual de forma «libre, espontánea y sin presiones», no implica que conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

No pasa por alto esta sala que la ineficacia es una respuesta a la transgresión de un deber legal de suministrar información, y ello implica que el acto jurídico declarado ineficaz carece de vida desde el principio, por tanto, no pudo producir ningún efecto, luego no es procedente analizar lo que tiene que ver con el traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad pensional conforme al art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la demandante para la fecha de traslado, en las providencias de la CSJ, SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019 se establecieron unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el movimiento; se establecen en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de 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 fue el 15 de enero de 1998 a Porvenir, lo que se corresponde con el primer ciclo, para el cual, según lo expresado en la sentencia SL1452-2019, 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 categórica la SL782-2021, 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.

Según lo anterior, Porvenir como fondo al que se trasladó la demandante, no cumplió con la carga de probar que en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, la asesoría a la actora hubiese sido clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que desde entonces el traslado resulta ineficaz, lo que implica que la afiliación válida es la anterior, la efectuada al RPMPD, de modo que se revocará la providencia de primera instancia, por no existir libertad informada para llevar a cabo el traslado o la afiliación; y en su lugar, se declarará la ineficacia de la afiliación al RAIS en los términos del art. 271 de la Ley 100 de 1993, entendiéndose que la actora siempre estuvo afiliada al RPMPD administrado en la actualidad por Colpensiones, sin solución de continuidad, conforme lo ha expuesto la línea jurisprudencial del órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral.

### ***iii. Orden dirigida al fondo privado y subrogación pensional***

En cuanto a la orden que el juez le dio a Porvenir, consistente en pagar la pensión de vejez, una vez la actora eleve la solicitud bajo los mandatos del RPMPD, y con miras a la subrogación pensional a Colpensiones, la sala debe reafirmar que, al declararse la ineficacia, se genera como resultado que la afiliación válida es la efectuada al régimen administrado por esta última entidad, por ello, debe entenderse que la demandante siempre permaneció afiliada a esta, sin



interrupciones, teniendo en cuenta que desde las pretensiones de la demanda y posteriormente, en la fijación del litigio, se solicitó dejar sin efecto la afiliación a los fondos privados, para que, en su lugar, todo se retrotrajera al estado anterior a ese movimiento.

Por consiguiente, la ineficacia del acto jurídico de vinculación al RAIS no produce efecto alguno, lo que implica la reactivación de la afiliación al RPMPD y, consecuentemente, la devolución a Colpensiones, por parte de los fondos privados, de todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, prima de reaseguro de Fogafin y primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y, además, lo destinado al FGPM.

Es importante manifestar que no obra en la ley una regulación que obligue a la AFP, en casos como este, a pagar un cálculo actuarial destinado a la subrogación pensional, en tanto que la función principal de esas entidades consiste en administrar los aportes de sus afiliados, mientras que el cálculo actuarial se destina, en materia pensional, a corregir falencias tales como las cometidas por los empleadores que no afiliaron a su trabajador a la seguridad social o que incumplieron la obligación de reportar la novedad de ingreso de un nuevo trabajador a su empresa, tal como lo establecen los literales b), c), d) y e) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el art. 1 del Decreto 1887 de 1994.

Ahora, frente a la obligación de aceptar la subrogación a través de la conmutación pensional, a partir de un cálculo actuarial pagadero por Porvenir a Colpensiones, la Resolución 249 de 2013, emitida por esta última entidad, señala: «la conmutación pensional es un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo». De lo anterior se desprende que dicha figura solo se ajusta al caso de un empleador hacia una entidad administradora de pensiones.

Conforme a lo expuesto, la conmutación pensional no está prevista para que una AFP, previo pago del correspondiente título pensional, subrogue una supuesta obligación de pago de una pensión de vejez en Colpensiones. Por lo tanto, debe advertirse que la reglamentación de aquella figura financiera está diseñada para la formalización de pasivos pensionales de empleadores, de modo que no es un instrumento útil para la finalidad que le asignó el juez de primer grado. Como consecuencia, también se revocará la sentencia revisada en lo que se refiere al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Porvenir como si se tratase de una administradora del RPMPD; la misma suerte se deparará a la orden de emisión de un cálculo actuarial para subrogación pensional.

De igual forma, con respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, vale aclarar que la accionante, por ministerio de la ley, está plenamente facultada para solicitar la prestación económica ante la administradora pensional a la que siempre ha debido considerarse vinculada.

***iv. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privados***

En relación con los efectos de la ineficacia y los recursos que deben devolver los fondos privados, la jurisprudencia ha indicado que es menester aplicar el 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 desinformado de régimen pensional. Ello implica que la AFP que dio lugar a esa decisión traslade a Colpensiones: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones, estos, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos debieron ingresar al RPMPD.

Tampoco puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen administrado por Colpensiones, entidad que debe recibir una suma de dinero equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la persona afiliada no se hubiese trasladado. En ese orden, es claro que, de acuerdo con la forma en que se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, pagos a compañías aseguradoras y al FGPM, lo que implica que la AFP debe devolverlas en su integridad.

Pues bien, ante las apelaciones interpuestas hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal, lo que implica que el acto jurídico declarado ineficaz carece de vida jurídica, y, por tanto, no produce ningún efecto, según lo ha precisado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia SL4360-2019, 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, en el fallo CSJ SL3464-2019 se señaló:

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 aclarar qué conceptos deben ser devueltos por la AFP que administra la cuenta individual de la actora ante la declaratoria de ineficacia del traslado. En ese sentido, a partir del precedente jurisprudencial, esta Sala ha identificado los siguientes conceptos:

- i. Capital ahorrado: Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme lo dispone el literal b) del

artículo 113 de la Ley 100 de 1993, debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM.

- ii. Rendimientos: En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan en los términos del mismo canon legal. Debe destacarse, con respecto a estos, que desde la sentencia dictada por la CSJ en el radicado 31989 del año 2008, su devolución se sustenta en que se debe el mayor valor de la cosa que aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador.
- iii. Los gastos de administración, 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 dos razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios y (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.

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

- iv. Los aportes al FGPM: el pago de estos valores, propios del RAIS y consagrados en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, no encuentra

un equivalente en el RPMPD, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a ese fondo deben ser devueltos al RPMPD bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

Por lo anterior, Porvenir, fondo al que actualmente se encuentra vinculada la actora, deberá trasladar lo correspondiente a las cotizaciones consignadas en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, los gastos de administración, que se componen del pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafin siempre y cuando dentro del período de afiliación se realizaran estos descuentos y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión; todos estos conceptos deben ser debidamente indexados con cargo a sus propios recursos y, además, deberá trasladar lo destinado al FGPM, conforme lo dispone el art. 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016. En este sentido, se debe ordenar a Porvenir que traslade a Colpensiones todos estos conceptos.

En conclusión, se ordenará a Porvenir a que traslade a Colpensiones todos estos conceptos generados durante el tiempo que administró los intereses pensionales de la promotora del proceso.

Para dar soporte a las ordenes anteriores, no se pueden pasar por alto las providencias de la Corte Suprema de Justicia SL843-2022, SL755-2022 y SL756-2022, que imponen a las AFP del RAIS la obligación de que, junto con las sumas objeto de traslado, se entregue la información completa, donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes que los justifiquen. Así pues, para esta Sala es válido que se exija claridad en cuanto a los valores y conceptos que ha de devolverse al RPMPD, por lo que se dispondrá que los fondos privados, al momento de efectuar el traslado

de los diferentes valores a Colpensiones, los discriminen con el grado de detalle que se acaba de reseñar.

***v. Excepción de prescripción de la acción***

En cuanto a la excepción de prescripción, la Corte Suprema de Justicia, en los pronunciamientos SL1688-2019, SL373-2021 y SL4062-2021, ha señalado que la prosperidad de la pretensión de ineficacia del traslado es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, si este no produjo efectos, el transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de sanear la falencia encontrada, postura que comparte esta Sala, por lo que debe decirse que esa excepción no está llamada a prosperar. En todo caso, respecto de los conceptos que el fondo privado ha de devolver a Colpensiones, por tratarse de sumas indispensables para la consolidación y financiación de las prestaciones pensionales, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia CSJ SL1473-2021.

Con los argumentos anteriores, y atendiendo al principio de consonancia de que trata el art. 66A del CPTSS, modificado por el 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

En conclusión, la sentencia de primera instancia, revisada por vía de apelación y en el grado jurisdiccional de consulta, deberá revocarse. Las costas procesales de la primera instancia serán a cargo de Porvenir. Sin costas en esta instancia.

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: Revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación de Leticia Pérez de Arévalo a Porvenir SA, entendiéndose que siempre y para todos los efectos, estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Segundo: Ordenar a Porvenir que devuelva a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, esto es, las cotizaciones realizadas en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, los gastos de administración, que se componen del pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafin siempre y cuando dentro del período de afiliación se realizaran estos descuentos y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión, todos estos rubros debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; también debe devolver los dineros destinados al FGPM, conforme lo dispone el art. 7 del Decreto 3995 de 2008.

Tercero: Ordenar a Porvenir que, al momento de cumplir la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, estos conceptos debe reportarlos discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Cuarto: Ordenar a Colpensiones que active la afiliación de la demandante, sin solución de continuidad, al RPMPD y que reciba las sumas de dinero devueltas por los fondos privados, para proceder a consolidar los recursos y la información en la historia laboral.

Quinto: Costas en primera instancia a cargo de Porvenir. Sin costas en esta instancia.

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,



**HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**