



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Ester Nancy Hincapié Hernández
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-001-2018-00514
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), 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 **154** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ESTER NANCY HINCAPIÉ HERNÁNDEZ** 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 **05-001-31-05-001-2018-00514**.

- **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferida por la doctora MARICEL LONDOÑO RICARDO, en calidad de apoderada judicial para procesos de Colpensiones de la firma MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería para actuar al Dr. CARLOS HUGO LEÓN SUAREZ, identificado con cédula de ciudadanía N.º 79.158.548 y portador de la tarjeta profesional N.º 130.125 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

- **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado al RAIS, y que se tenga como válidamente afiliada al RPM. Como consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes en pensiones, como cotizaciones, bonos pensionales., sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e interese, con los rendimientos, a COLPENSIONES, para que sean aceptados por ésta última entidad y validados en la historia laboral. Y que se condene en costas a las demandadas.

- **HECHOS:**

Fundamenta sus pretensiones señalando en sus hechos que su primer aporte al ISS fue realizado el 28 de enero de 1982. Que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. con 641 semanas cotizadas en el RPM. Que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le aseguró que pensionaría anticipadamente y con una mesada superior, además de que el RPM se iba a acabar. Que no se le informó el año de gracia para trasladarse, como tampoco se le realizaron proyecciones pensionales. Que se trasladó a PORVENIR S.A. en el año de 2009, fondo donde se encuentra actualmente afiliada. Que PORVENIR S.A. tampoco le suministró información sobre la oportunidad de trasladarse antes de cumplir los 47 años de edad, como ninguna otra información. Y que elevó formulario para trasladarse a Colpensiones, el cual fue negado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos manifestó que es cierta la afiliación al ISS y el reporte de semanas cotizadas. Que no le consta la fecha de traslado de régimen ni la información suministrada por los fondos privados. Y que es cierta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones, y formuló varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda, manifestó que es cierto que se trasladó a este fondo el 26 de marzo de 1996, pero no le consta el número de semanas que tenía. Que la asesoría brindada a la demandante si conlleva que se pudiera pensionar a la edad que escoja, siempre y cuando, cuente con el capital suficiente para ello. Que no es cierto que se le haya asegurado que el monto de su pensión sería mejor, pues se le explicó que el monto de su pensión depende de varios factores. Que no es cierto que se le haya dicho que el ISS se iba a acabar. Que si se le suministró toda la información técnica y adecuada a la demandante al momento de la afiliación. Que no es cierto que no se le haya realizado proyecciones pensionales, pues se le efectuó con la información y situación particular para la época. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de otra entidad. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y planteó varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que algunas no le constan por tratarse de hechos dirigidos a terceros ajenos a la entidad. Que la afiliación al este fondo se realizó el 2 de febrero de 2009. Que no es que no se la haya brindado la suficiente información, puesto que en la afiliación se proporcionó la información clara, suficiente y veraz y en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado. Que el traslado fue realizado entre administradoras del fondo privado y no un traslado de régimen. Y que no le consta la solicitud elevada a Colpensiones. Se opone solo a las pretensiones que van dirigidas en su contra. Y formuló varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 27 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., el día 26 de marzo de 1996, por falta al deber de información, quedando igualmente ineficaz el posterior traslado entre administradoras COLMENA y HORIZONTES hoy PORVENIR S.A.

Como argumento de su decisión expresó que la falta de información especializada por parte de las administradoras de fondos privados de

pensiones vulnera de manera directa el requisito de voluntad esencial a todo acto o contrato, y que la falta al deber de información, invalida la simple voluntad que se expresa solo de manera formal.

ORDENÓ a COLPENSIONES a tener a la actora válidamente afiliada al régimen de prima media, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo al recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, sumas que deberán ser indexadas desde la fecha en que se descontaron.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, indexados desde la fecha en que se descontaron.

DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., y se abstuvo de condenar en costas a COLPENSIONES.

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó recurso de apelación manifestando que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que, para la época del traslado, la entidad no contaba con las facultades para entregar una asesoría conforme a las características de la ley 1748 de 2014, que es aportar documentos que prueben lo dichos de la asesoría que se dictaba de manera verbal, pues esta se brindó conforme al artículo 97 del decreto 663 de 1993, y en esta época no se obligaba a entregar documentos distintos a los formularios de afiliación. Que, si bien se conocen los conceptos de la Corte Suprema de Justicia, se debe alejar de los mismos, teniendo en cuenta que para la época de traslado

estos pronunciamientos no existían y no se le pueden imponer cargas probatorias imposibles. Que se dieron actos de relacionamiento, los cuales deben ser tenidos en cuenta, pues existieron traslados entre fondo, que indica una voluntad de querer pertenecer al RAIS. Que, si se tiene en cuenta el artículo 13 literal b y el 271 de la ley 100 de 1993, la ineficacia no se declara por el incumplimiento de una mera expectativa pensional, pues en el interrogatorio de parte, la actora manifestó que se vinculó de manera libre y voluntaria, el cual se observa también que fue preparado. Que los gastos de administración no son procedentes devolverlos, pues los efectos de la ineficacia, es retornar todo al origen y no tendrían por qué devolver los rendimientos de la cuenta de ahorro individual como tampoco los gastos de administración, ya que serían inexistentes. Que el artículo 113 de la ley 100 de 1993, dice que solo se deben devolver los rendimientos con las cotizaciones, al igual que lo afirma la Superfinanciera, como tampoco hay lugar a devolver la prima previsional o cualquier otro concepto. Que también se debe declarar una prescripción de los gastos de administración, pues estos no están llamados a financiar la pensión de vejez.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Interpone el recurso de apelación referente a la condena de devolver los gastos de administración, pues estas se realizaron con disposiciones válida y exigibles por la ley, además de ser comisiones ya causadas y pagadas durante la administración de la cuenta individual. Que en el hipotético caso si PROTECCIÓN S.A. no realizó la administración de estos conceptos, se debe ordenar realizar la devolución de los rendimientos generados mientras estuvo afiliada al fondo privado. Que los aportes junto con los rendimientos, ya fueron trasladados a PORVENIR S.A. Que si se declara la ineficacia la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que solo deben trasladarse los aportes que se generaron en la cuenta individual para dicha época, sin los rendimientos generados, ya que estos son exclusivos del RAIS, por mandato de la ley. Y que la prima de seguros previsionales fue girada a una aseguradora para cubrir un siniestro, aseguradora que es un tercero de buena fe, por lo que el fondo privado está imposibilitado para regresársela a COLPENSIONES.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

Manifestó en sus alegatos que debe ser confirmada la sentencia de primera instancia, toda vez que la información suministrada a la demandante, no fue correcta y se omitieron aspectos relevantes, lo cual vicio la voluntad de la actora al momento del traslado. Que los fondos privados deben cumplir un papel muy activo, por lo que deben brindar una asesoría completa a sus futuros afiliados. Que no se cumplió con el deber de información. Y que los fondos ignoraron las desventajas, las cuales, si se hubiesen realizado, la demandante nunca hubiera brindado su consentimiento.

- ✓ COLPENSIONES:

Expresó en sus alegatos de conclusión, hizo referencia a la imposibilidad de traslado consagrada en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Que la actitud de la parte actora no puede ser totalmente pasiva, por lo que su actuar fue negligente. Y que, en el caso de confirmarse, se ordene al fondo privado devolver el 100% de los conceptos como lo indica la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial de manera indexada.

- ✓ PORVENIR S.A.:

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia de primera instancia, ya que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, y que si lo que se pretende es la ineficacia del artículo 271 de la ley 100 de 1993, esta norma solo habla de una multa administrativa, que bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss., del Código Civil, teniéndose en cuenta que ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni tampoco fueron probados. Que siempre se le garantizó el derecho de retracto. Que el traslado de la demandante en el año 1996 fue de maneta libre

y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa. Que si se cumplió con la carga probatoria, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada al fondo privado producto de una decisión libre e informada. Que no es viable imponerle cargas distintas, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante. Que en el remoto caso de considerarse que el negocio jurídico no tuvo validez, solo se deberá devolver lo dispuesto en el artículo 113 de la ley 100 de 1993, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES. Por lo anterior, solicita revocar en su integridad la sentencia de primera instancia y absolver en todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora ESTER NANCY HINCAPIÉ HERNÁNDEZ 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; y, *iii)* la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

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

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del

artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

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

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos

prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,

- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

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

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

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

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que la afiliación con PORVENIR S.A. se dio en 1985 y estaba trabajando en Mosaicos C

Gaviria. Que de PORVENIR S.A. los visitaron y fueron hacerles una reunión a los empleados, el cual les dio una conferencia que fue grupal, en donde les dije que el ISS se iba a acabar y que en ese fondo iban a tener mejor mesada e iban a pensionarse a menor edad. Que el primer fondo con el que estuvo afiliada fue con HORIZONTES y luego se pasó a PORVENIR S.A. Que del traslado efectuado en el año 1996 a PROTECCIÓN S.A., les dijeron que el ISS se iba a acabar y que en ese fondo iban a tener una mejor pensión. Que si leyó el formulario de afiliación. Que no le dijeron que el dinero iba a ser depositado en una cuenta individual. Que no les hablaron sobre los rendimientos pensionales. Que no le manifestaron que se podía retractar dentro de los 5 días siguientes, como tampoco que se le iban a realizar unos descuentos para administración de la cuenta. Que, si sabía de los requisitos para pensionarse en el ISS, que eran 1.300 semanas y 55 años, y en el fondo privado le dijeron que era más poquitas semanas y a menor edad. Que si le preguntaron cómo estaba conformado su núcleo familiar, que se componía de su esposo y 2 hijos, pero no le dijeron la influencia que tenían ellos para calcular la pensión. Que no le hablaron de los aportes voluntarios. Que no le explicaron cómo iban a recuperar las semanas cotizadas en el ISS, ni tampoco le hablaron de bono pensional. Que nunca intentó regresar al ISS. Que se trasladó a HORIZONTES porque le dijeron que era mejor, porque se pensionaba uno con una mesada más alta. Que no ha solicitado proyecciones pensionales. Que no se sintió obligada a firmar los formularios de afiliación con COLMENA o PROTECCIÓN S.A. Que no recibió extractos pensionales. Que se trasladó a PORVENIR S.A. porque le manifestaron que iba a ser mejor. Que nunca verificó con el ISS que la información que le brindaron los fondos privados fuera cierta. Y quiere regresar a COLPENSIONES, por el engaño de los fondos privados y que su mesada pensional sería más alta.

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 la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. ni PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que las entidades anexaron los documentos visibles de folios 106, 107 y 153 del expediente digitalizado, este es, los formularios de afiliación, mismos 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 trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que estos documentos no son prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

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

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

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

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

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS de la actora fue el 26 de marzo 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 la actora realizó traslados entre fondos privados, sin embargo debe dejarse claro que esto no significa que se hubiese revalidado la decisión, toda vez que como ya se precisó la institución aplicable en este caso es la ineficacia, y ello implica que mediante actos posteriores no se pueda obtener una ratificación, convalidación o saneamiento, puesto que la consecuencia de un acto jurídico que no cumplió los requisitos legales para su formación es la carencia de efectos, por lo que la movilidad de la actora dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

En lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por PROTECCIÓN S.A. en el año 1996, y no con los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

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

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

a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Se tiene entonces que, **PROTECCIÓN S.A.**, como primer fondo al que se trasladó la actora, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que 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, en tal sentido.

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

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, la juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de

Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a las apelaciones 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.

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

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.

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 la sostenibilidad financiera del sistema **PORVENIR S.A.**, además de lo ordenado por la juez, también deberá trasladar los **rendimientos financieros**, frutos e intereses y la **prima de reaseguros de Fogafín**, la cual deberá ser debidamente **indexada**, al igual que las condenas que impuso la juez, referente a los *cuotas de administración y seguros previsionales*, pues lo que se busca es garantizar que el pago se haga completo e íntegro, teniendo en cuenta que con el transcurso del tiempo las prestaciones se devalúan, teniendo claro que la misma está a cargo de sus propios recursos; por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia, en tal sentido.

De igual forma, toda vez que el presente proceso está siendo revisando en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, **PROTECCIÓN S.A.**, además de lo ordenado por la juez, también deberá devolver **la prima de reaseguros de Fogafín**, la cual deberá ser debidamente **indexada**. Por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en tal sentido.

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 insoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a

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.

prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

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

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En estas son a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por no salir avante sus recursos de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1'000.000, en partes iguales para cada una.

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 demás fondos privados.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver a **COLPENSIONES**, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a dicho fondo público, además de lo ordenado por la juez, los **rendimientos financieros**, frutos e intereses, y la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver a **COLPENSIONES**, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a dicho fondo público, además de lo ordenado por la juez, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: 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	Ester Nancy Hincapié Hernández
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 001-2018-00514
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/126> 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 28 de junio de 2021 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 28 de junio de 2021 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO