



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Ana Cristina Idárraga Arango
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-003-2019-00090
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca 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 **151** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido **ANA CRISTINA IDÁRRAGA ARANGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.** con radicado **05-001-31-05-003-2019-00090**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

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

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación a **PORVENIR S.A.**, y, por ende, se tenga como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM administrado por **COLPENSIONES**.

Como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes cotizados, incluidos los rendimientos financieros, debidamente indexadas, debiendo el fondo público reconocer y pagar la pensión de vejez, una vez cumpla con los requisitos exigidos por la ley. Y que se condene en costas procesales a las demandadas.

• **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones indicó que nació el 21 de noviembre de 1961. Que inició cotizaciones en el ISS el 2 de agosto de 1982 al 31 de mayo de 1994. Que se afilió a PORVENIR S.A. el 1° de junio de 1994. Que en toda su vida laboral cuenta con 1.337 semanas. Que PORVENIR S.A. no le suministró una información clara y fehaciente con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional, induciéndola en error, y no cumpliendo con el deber de información y buen consejo. Que no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas que tría al trasladarse al RAIS. Que, en julio de 2018, en respuesta a una solicitud elevada por ella, el fondo privado le respondió que la pensión sería del mínimo legal, inferior a la que recibiría en el RAIS. Y que solicitó el regreso a Colpensiones, el cual fue negado.

• **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que es cierta la fecha de nacimiento y la afiliación al ISS. Que, frente a las semanas cotizadas, se atiene a lo probado en el proceso. Que no le consta la situación actual de la demandante ni la información suministrada por el fondo privado. Y que es cierta la solicitud elevada a este fondo público. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y formuló varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la fecha de afiliación al ISS, como tampoco las semanas cotizadas, lo cual deberá probarse. Que es cierto

que se trasladó este fondo privado, la cual fue de manera libre y voluntaria, y donde se le brindó toda la información necesaria sobre la pensión, los beneficios del capital, el trámite pensional, el régimen de transición y la posibilidad de regresarse al RPM. Que no son ciertas semanas cotizadas. Que es cierto que se le realizó una proyección pensional, advirtiéndole que fue un cálculo provisional y que no es una situación jurídica concreta ni definitiva. Que no le constan las razones o motivaciones del porque la demandante realizó la solicitud de traslado. Y que no le consta los hechos dirigidos en contra de Colpensiones. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** que la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., incumplió su obligación de diligencia debida de buen consejo frente a la demandante, al no dar información veraz y oportuna al momento del traslado del RPM al RAIS, y al no verificar a lo largo de dicha afiliación las circunstancias que le sean más favorables de permanecer en dicho régimen antes que en el RPM.

Como fundamento de su decisión expuso que PORVENIR S.A., debió brindar una información completa y detallada, aún con la ley vigente de dicho año, por lo que, bajo la figura de inaplicación constitucional de pérdida del régimen de prima media, debe seguir inmersa en el fondo privado.

Expuso que las entidades que realizan gestión fiduciaria como las AFP no tienen obligación de resultado, ya que el resultado de su actividad económica está inmersa a los vaivenes financieros de la economía, pero a cambio de no tener obligación de resultado, tienen una obligación instrumental o de medio, denominada obligación de diligencia debida o buen consejo, y este se concreta en el hecho de que las entidades financieras deben asesorar, 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.

Que las administradoras de pensiones desarrollan una actividad financiera específica de gestión fiduciaria, y conforme lo dispone el decreto 720 de 1994, en su artículo 12, éstas deben dar un debido consejo y asesoría, adquiriendo el deber de información como lo dispone el decreto 1161 de 1994, en su artículo 3°. Que el fondo privado al no dar información clara y oportuna es el que debe responder por esta falta, no pudiendo obligar a un tercero como lo es COLPENSIONES, a devolverle a éste los dineros ni rendimientos, para que sea éste quien responda, toda vez que la actividad financiera de los fondos de pensiones no es gratuita es onerosa, pues se desarrolla con el ánimo de obtener beneficios. Que el decreto 720 de 1994, en su artículo 10, expresa que las administradoras al no dar la información suficiente deben estar prestos a responder por ello, y no trasladar la carga a COLPENSIONES, toda vez que no pueden beneficiarse de su propia culpa. Que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, lo que contiene es una sanción administrativa y de carácter pecuniaria, y de allí se faculta a los Ministerios a cobrar una multa a quienes han violentado el derecho a la Seguridad Social de afiliación.

Expresó, que si bien las administradoras privadas no son pagadoras de pensiones de prima media, no obstante por haber causado un daño y al declararse la ineficacia la demandante tiene derecho a pensionarse bajo los parámetros del régimen de prima media, pero lo que se debe ordenar es que a título de indemnización de perjuicios el fondo privado debe devolver un cálculo actuarial por subrogación pensional que cubra la totalidad de actividades financieras, económicas y logísticas que debe realizar COLPENSIONES en el pago de esa mesada pensional.

DECLARÓ que, por falta de cumplimiento de la obligación debida del buen consejo, PORVENIR S.A., le ocasionó grave perjuicio económico en la mesada pensional de la demandante.

DECLARÓ la responsabilidad constitucional y profesional de PORVENIR S.A. en el perjuicio causado a la demandante ANA CRISTINA IDÁRRAGA ARANGO.

DECLARÓ la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del RPM que acaeció en la demandante cuando esta se trasladó del RPM del ISS en 1994

a PORVENIR S.A., y en su lugar **DECLARÓ** que la actora sigue inmersa en el RPM, pero a cargo de PORVENIR S.A.

ABSOLVIÓ de todas las pretensiones a COLPENSIONES sin perjuicios de las **ORDENES** que se le darán.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite por escrito la demandante, le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPM, reglamentado por la ley 100 de 1993 hoy ley 797 de 2003.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el régimen de prima media a la actora, solicite por escrito a COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional.

ORDENÓ a COLPENSIONES para que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que reciba solicitud escrita de PORVENIR S.A. de realizar cálculo actuarial pensional, lo elabore, y dentro de ese mismo lapso, 2 meses, lo presente por escrito a PORVENIR S.A., a su vez esta última entidad, dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de manos de COLPENSIONES, procederá al pago real y efectivamente de esta suma de dinero a dicha entidad COLPENSIONES.

ORDENÓ a PORVENIR S.A., que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, está obligada a continuar pagando la mesada pensional bajo el régimen de prima media a la actora.

ORDENÓ a COLPENSIONES a subrogar a PORVENIR S.A., desde el momento y hora en que le sea pagado real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional.

AUTORIZÓ a PORVENIR S.A. a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a COLPENSIONES, tomando para si los ahorros pensionales de la demandante, los rendimientos financieros, el bono

pensional, y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

DECLARÓ que no prosperan las excepciones propuestas por PORVENIR S.A., y si prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES, de ser un tercero ajeno al acto jurídico de traslado, sin perjuicio de las órdenes dadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a cargo de PORVENIR S.A.

• **APELACIONES:**

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó recurso de apelación manifestando que, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado, si se cumplió con el deber de información en los términos exigidos para la fecha en que se dio la afiliación de la actora, tal y como se demostró con la prueba allegada por la entidad y con el interrogatorio de parte, y que las obligaciones posteriores, no pueden ser exigibles para el fondo privado. Que la condena referente a los perjuicios, con las facultades ultra y extra petita, no cumplen los requisitos legales para que proceda esta condena, ya que no fueron discutidos en el proceso y no fueron objeto en el debate probatorio y tampoco fueron acreditados por la parte actora. Que las obligaciones tanto en la etapa contractual como extracontractual, son de medio y no de resultado, por lo que deberá ser exonerada de la condena de perjuicios impuesta por el juez. Que, en el caso de existir diferencias en la mesada en los regímenes pensionales, esta circunstancia no constituye por sí solo un lucro cesante o un supuesto daño que deba ser reparado, ya que las normas que regular el RAIS, el ahorro opera con base en la acumulación de capital en una cuenta de ahorro individual. Que no resulta admisible calificar como daño los montos pensionales en la medida que no es viable equipara la mesada pensional en uno y otro régimen. Que a la demandante si se le brindó toda la información conforme lo señala el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Que, si bien la accionante alega que no hubo un consentimiento informado, al actuar la entidad de forma diligente y cuidadosa, no puede ser declarada responsable. Que la demandante guardó silencio en cuanto a su deseo inicial de permanecer en el fondo privado por más de 20 años, y tampoco se preocupó en informarse sobre qué régimen de convenida más, por lo que se

configura la culpa exclusiva de la actora. Por lo anterior, se debe revocar la sentencia y declarar la absolución de todas las pretensiones.

✓ **COLPENSIONES:**

Presentó recurso de apelación manifestando que, pese a que el fallo absuelve a Colpensiones, en últimas es quien tiene que asumir las consecuencias de la declaración de la ineficacia de traslado de la actora. Que se debe revocar la sentencia, sin imponer orden alguna, toda vez que el retorno en cualquier tiempo faltando menos de 10 años, debe realizarse teniendo en cuenta las exceptivas pensionales de la demandante y a la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que el derecho a trasladarse no es absoluto, ya que no se puede descapitalizar el fondo público. Que existe prohibición para trasladarse cuando le faltare menos de 10 años y debe prosperar el intereses general y no particular. Por lo anterior se debe revocar la sentencia de primera instancia, y no declarar la ineficacia de traslado; y que en el hipotético caso que se declare ésta, se debe devolver por parte del fondo privado todos los aportes debidamente indexados.

De igual forma, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en virtud de las órdenes impuestas a COLPENSIONES.

• **ALEGATOS:**

✓ **PORVENIR S.A.:**

Expresó en sus alegatos que las competencias extra y ultra petita del juez de instancia no son ilimitadas, las cuales no hizo bien uso el juez. Que no se estaría cumpliendo con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia para que se puedan dictar sentencias extra o ultra petita, por lo cual se revocar la condena en relación con una indebida aplicación de estas competencias. Que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley. Y que la condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante, debe ser revocada, toda vez que los gastos

de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP.

✓ **COLPENSIONES:**

En sus alegatos de conclusión, expresó que, se debe confirmar la sentencia de primera Instancia, toda vez que este fondo es un tercero de buena fe, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible. Que, si bien el juez absolvió a la entidad de las pretensiones de la demanda, en últimas es COLPENSIONES quien asume las consecuencias de dicha declaratoria, pues debe asumir la carga de que se declare que el demandante continúa inmerso en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Que las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, proferidas por la Corte Constitucional en materia de traslados, indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Que quiebra la lógica de las cargas probatorias que ésta recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, existiendo unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones. Que únicamente los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, son los que pueden trasladarse. Que se debe confirmar la sentencia, sin que se declare la ineficacia de traslado del demandante y continuando éste inmerso en el RAIS. Y que en el hipotético caso que se declare la ineficacia del traslado de régimen, se deben devolver todos los aportes efectuados por el demandante al RAIS, debidamente indexados.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, serán: *i)* determinar si el juez desbordó las facultades ultra y extra petita, y el principio de congruencia en el objeto del litigio; *ii)* si el acto jurídico de afiliación de la señora ANA CRISTINA IDÁRRAGA ARANGO a

PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; consecuentemente si prospera la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar, **iii)** la orden dada al fondo privado de reconocer la prestación económica de vejez como si fuera el régimen de prima media, y posterior a ello, solicitar el cálculo actuarial a COLPENSIONES con miras a la subrogación pensional; o por el contrario, determinar, **iv)** si el fondo privado, debe trasladar todos los conceptos de la cuenta individual a COLPENSIONES para que este sea quien asuma la afiliación y la prestación económica de vejez; **v)** y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

El artículo 42 del Código General del Proceso, en lo que respecta a los deberes del juez, establece en el numeral 5º 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 artículo 281 del citado código, aplicable en materia laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que: *“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 artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social 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 necesario 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 los mismos 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 Régimen de Ahorro Individual, y en consecuencia se condenara al fondo privado a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, para que sea este quien reconozca la prestación económica.

De esta manera, cuando la sentencia de primera instancia declara la inaplicación constitucional en el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual de la accionante y la causación de un grave perjuicio económico a la accionante, ordenándole al fondo privado, reconocer la pensión de vejez bajo la normatividad del Régimen de Prima Media, y asimismo, la elaboración de un cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, a sabiendas que se tratan de pretensiones ajenas a la demanda y frente a las cuales el fondo privado nunca pudo ejercer una defensa técnica; se genera claramente una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, contradicción y defensa; razón por la cual, soporta a que la sentencia emitida en primera instancia deba ser **REVOCADA**.

En igual sentido sucede con 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 perjuicio alguno, y el fondo accionado en ningún momento tuvo la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción frente a los mismos.

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

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 la afiliación de la actora, del interrogatorio de parte, se desprende que se afilió desde del RPM al RAIS desde el año 1994, debido a que un asesor comercial la visitó en su casa y le dijo que por ser una persona soltera y sin hijos era muy conveniente pasarse para esa AFP, ya que tendría una cuenta personal y que no hacía parte de un sistema ni era una cuenta compartida, y que se podría pensionar en el momento que ella quisiera, o también optar por recibir un ahorro y no pensionarse. Que cuando le faltaban 3 años para pensionarse, le dijeron en la empresa que trabajaba para ese entonces, después de una asesoría con un asesor del fondo privado que su pensión sería del mínimo, y que no podría sacar los dineros. Que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria, ya que nadie la obligó. Que no hizo validación para afiliarse a otros fondos pensionales, ya que en el mismo día firmó y se trasladó. Que, en la asesoría inicial, la cual duró 20 minutos, le manifestaron todas las ventajas del fondo privado. Que no le hablaron de la posibilidad retornar al ISS. Que, si le hablaron de los rendimientos, y que sus dineros iban a ser mayores que en el ISS, y que se podía heredar lo acumulado en la cuenta. Que, si le envían extractos, pero que son muy difícil entender. Que no tiene claro cuáles eran los requisitos para pensionarse. Y que su intención de devolverse es por el monto pensional, el cual se reduce al mínimo.

Por otro lado, la representante legal del fondo privado en su interrogatorio manifestó que la entidad privada, tiene un proceso de selección implementado para contratar a los asesores, el cual es el primer filtro, para que estas personas cuenten con las habilidades y condiciones para desempeñar ese rol. Que posteriormente se corrobora de manera aleatoria que la información brindada por el asesor haya sido la correcta. Que la demandante actualmente es cotizante en el fondo privado. Que no le realizaron una futura proyección, ya que no tiene la información necesaria de las distintas variables. Y que no hay soporte que se le haya realizado una asesoría al cumplimiento de los 47 años de edad, para tampoco existía para esa época una obligación legal.

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 PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que la entidad administradora anexó el documento visible de folio 115 del expediente digitalizado, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por la actora, permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, 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 trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados como lo es PORVENIR S.A. 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 la actora conociera las consecuencias que implicaba 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 pasa 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 como lo indica el apoderado de Colpensiones en sus alegatos, al traer 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 tiene que ver con el traslado de régimen cuando 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 del vínculo, estableciendo 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 traslado al RAIS de la actora fue 30 de mayo 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.

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.”

Se tiene entonces que, COLFONDOS S.A 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 de primera instancia, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, 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, conforme lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su amplia línea jurisprudencial, en calidad de órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral.

iii. Orden dada al fondo privado y la subrogación pensional.

En cuanto a la orden dada por el juez a PORVENIR S.A. de cancelar la pensión de vejez, una vez la actora eleve la solicitud como si fuera el régimen de prima media, con miras a la subrogación pensional con COLPENSIONES; es muy importante reafirmar que al declararse la ineficacia, se genera como resultado que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, y cabe advertir que el único administrador de este régimen es COLPENSIONES, debiéndose entender que la demandante siempre permaneció afiliada al mismo sin solución de continuidad, 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 PORVENIR S.A., para que en su lugar, todo se retrotrajera al estado que se encontraba antes del traslado.

Por consiguiente, al imponerse la ineficacia del acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, la consecuencia jurídica es no producir efecto

alguno, lo que conlleva la reactivación de la afiliación al régimen de prima media, y consecuentemente la devolución a COLPENSIONES por parte del fondo privado de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, prima de reaseguro de Fogafín y primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, y además, lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Es importante, manifestar que no obra en la ley y sus decretos reglamentarios, regulación con la que pueda la AFP realizar el pago del cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional, en tanto que la función principal es administrar los aportes de sus afiliados, y el cálculo actuarial se utiliza en materia pensional para los empleadores que no afiliaron a su trabajador a la seguridad social o por el incumplimiento de la obligación del empleador de reportar la novedad de ingreso de un nuevo trabajador a su empresa, a través de una reserva actuarial o un título pensional, por ejemplo con base en el literal b, c, d y e del artículo 33 de la Ley 100 y el Decreto 1887 de 1994 cuyo artículo 1º, que trata del campo de aplicación, establece *“la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el RPM...”*; así mismo el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 señala:

“En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.

Ahora, frente a la obligación de aceptar la subrogación como si fuera una conmutación pensional a partir de un cálculo actuarial por parte de PORVENIR S.A. frente a COLPENSIONES, la Resolución 249 de 2013 emitida por esta última entidad, señala que *“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 cuando se trata de un empleador hacia una entidad administradora de pensiones, lo cual requiere de unas etapas a saber: **Etapas I:** Precálculo. En esta etapa el interesado en la conmutación pensional manifiesta mediante una solicitud escrita el deseo de iniciar el proceso de conmutación pensional. **Etapas II:** Conmutación pensional. En esta etapa se formaliza el contrato de conmutación pensional, pero debe solicitar permiso para conmutar ante el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia que vigila y regula el tipo de empresa por parte del empleador interesado, situación atípica y poco probable de autorización si se trata de una AFP conmutando una pensión de vejez de constituida a COLPENSIONES, más aun cuando debe atenderse a instrumentos financieros de la superintendencia, que causan diferencias con los aportes y rendimientos en el RAIS frente a los aportes de Colpensiones.

Por lo tanto, debe advertirse que dicha reglamentación está hecha para la formalización de pasivos pensionales de empleadores, no siendo un instrumento útil como lo propuso el juez.

Como consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia en lo que se refiere al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de **PORVENIR S.A.** como si se estuviera en el régimen de prima media, y a la orden dada con respecto al cálculo actuarial y subrogación pensional.

De igual forma, vale aclarar con respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, que la actora queda con la plena facultad, para que una vez cumpla los requisitos de ley, y decida solicitar la prestación económica, lo realice ante COLPENSIONES.

iv. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por el fondo privado:

Con relación a los efectos de la ineficacia y 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 por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello 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 los alegatos y apelaciones interpuestas, 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.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala

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.

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, **PORVENIR S.A.** deberá trasladar lo correspondiente a las **cotizaciones** realizadas por la demandante, **rendimientos**, **cuotas de administración**, **prima de reaseguro de Fogafín** y **primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia**, estos conceptos debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, y además, 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, debiéndose en este sentido **ORDENAR** a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos estos conceptos.

v. Excepción de prescripción de la acción.

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.

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.

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.

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.

Corolario de todo lo dicho, es que la sentencia de primera instancia que se revisada en vía de apelación y en grado jurisdiccional de consulta, deberá **REVOCARSE**.

Las costas de procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por no salir adelante en su totalidad el recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, dividido 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 **REVOCA** en todas sus partes la sentencia de primera instancia, y en su lugar se **DECLARA** la ineficacia del traslado a **PORVENIR S.A.** de la señora **ANA CRISTINA IDÁRRAGA ARANGO**, debiéndose tener para todos los efectos afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **REVOCA** la providencia en lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de **PORVENIR S.A.** bajo la normatividad del régimen de prima media y el cálculo actuarial por subrogación pensional, y en su lugar, se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, esto es, **cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, prima de reaseguro de Fogafín, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, y 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 le **ORDENA** a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación de la actora sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida y a recibir las sumas de dinero devueltas por los fondos privados, debiéndolas consolidar en la historia laboral.

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

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

Los Magistrados,


GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Rdo. 05-001-31-05-003-2019-00090
S.A. 324-21


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	Ana Cristina Idárraga Arango
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 003-2019-00090
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/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