

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta 196

Medellín, primero (1º) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelven los recursos de apelación interpuestos y el grado de consulta en favor de la entidad pública, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **EDILMA ZAPATA VASCO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.**

De acuerdo a lo normado en la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la presente sentencia se profiere de forma escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de **Porvenir S.A.**, y, en consecuencia, se condene a esta administradora a trasladar todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación a **Colpensiones** y a esta administradora a tenerla como su afiliada.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que nació el **17 de octubre de 1966** y se afilió al **ISS** hoy **Colpensiones** el 20 de diciembre de 1988.

Se trasladó al RAIS administrado por **Porvenir S.A.**, el **23 de junio de 1995**, sin que al momento de su vinculación se le suministrara información acerca de las consecuencias de su traslado.

Respuesta de Colpensiones

Entidad que, por intermedio de apoderada, indicó que es cierto que la demandante fue su afiliada y se trasladó al régimen de ahorro individual. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Prescripción, improcedencia de ineficacia, falta de causa para demandar, autonomía de la voluntad, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

Respuesta de Porvenir S.A.

Fondo que, a través de apoderada, manifestó que a la actora sí se le brindó la información necesaria al momento del traslado, sobre las condiciones de cada régimen, por lo que fue de manera libre y voluntaria.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: Prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación de la nulidad del traslado.

Sentencia de primera instancia

El Juez Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **2 de junio de 2022**, declaró la ineficacia del traslado al RAIS a través de **Porvenir S.A.** por cuando no se demostró por esa administradora que brindara al pretendido afiliada la información clara y necesaria acerca de las consecuencias de su elección por lo que dio aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En lo referente a los efectos de la ineficacia, manifestó que los mismos no pueden ser asumidos por **Colpensiones**, por cuanto se trata de un tercero ajeno que administra un patrimonio público que no puede verse afectado por la actuación de una AFP Privada, en esa medida las consecuencias no pueden ser la devolución de los dineros aportados por la afiliada junto con sus rendimientos, por cuanto estas sumas resultan exiguas para el cumplimiento de una carga pensional.

En ese orden, debe darse aplicación al principio de que todo aquel que ocasiona un daño debe indemnizarlo, y en el presente caso esa indemnización se cumple a partir del pago de un título pensional a cargo de **Porvenir S.A.** y en favor de **Colpensiones**, en razón de lo anterior **Colpensiones** deberá dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia efectuar el cálculo actuarial el cual deberá ser asumido por **Porvenir S.A.**

Además, ordenó a Porvenir que una vez la demandante le reclame la pensión con la carta de retiro, proceda a reconocer la pensión dentro del mes siguiente en los términos del régimen de prima media hasta tanto se haya realizado el pago del título pensional a Colpensiones, de acuerdo al cálculo realizado por esta, posteriormente se subroga la obligación en la administradora Pública.

Finalmente condenó a **Porvenir S.A.** a pagar las costas del proceso y absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda.

Recurso Porvenir S.A.

La apoderada manifiesta que no está de acuerdo con la tesis del despacho, en ninguna condena a cargo de Porvenir, en primera medida porque no se probó ningún daño causados a la actora y el móvil del traslado es únicamente una mayor mesada pensional, sin que se probara nexo causal.

La información que brindó el fondo al momento del traslado era la que de exigía para en ese entonces, solo que en el año 2016 se crearon unas nuevas.

Para el caso no es correcto hablar de una subrogación pensional, porque ni siquiera fue objeto del litigio, la pensión que no fue objeto de pretensión, por cuanto, aunque el Juez tenga unas facultades extra petita, debe mirar el cuerpo integro de la demanda, porque se trata de un todo jurídico.

Recurso Colpensiones

Solicita la apoderada que se **revoque** la sentencia en su integridad, toda vez que dicha entidad no tiene por qué soportar cargas financieras por un traslado en que no tuvo injerencia, además es una sentencia incongruente porque absuelve a Colpensiones, pero luego ordena una subrogación pensional.

Para el caso no es prudente ordenar que se realice un cálculo actuarial con miras a una subrogación pensional, situación que perjudica altamente a Colpensiones, porque dicha figura procede es cuando no hubo afiliación y no es aplicable al caso de las ineficacias.

Las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia han sido claramente establecidas con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En todo caso lo que procedería es que sea únicamente Porvenir quien responda frente a la afiliada, aplicando la figura como lo ha dicho en el caso de los pensionados.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado establecido la ley 2213 de junio de 2012, Porvenir S.A., manifestó:

En relación con los perjuicios a los que se refiere el juez de instancia en su motivación y posterior condena, estos no se encuentran demostrados por cuanto las simulaciones pensionales no están en un nicho jurídicamente consolidado. Además, no son un derecho adquirido por la demandante, pues ésta carece de un reconocimiento de derecho pensional por parte de las AFP'S demandadas en el proceso, ya que para el momento del presente pronunciamiento este aún se encuentra en construcción. En este orden de ideas, no se puede pretender por el juez de instancia el reconocimiento de un perjuicio cuando la demandante no logra probar que éste efectivamente, se presentó. Si bien el juez hizo uso de las facultades extra y ultra petita, de las que trata el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, claramente hubo un uso indebido de estas facultades, pues en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3614 de 2020, se establecen los requisitos que el juez debió observar para fallar extra y ultrapetita, y, para el caso de la sentencia extra petita, se debe considerar que, en primer lugar, los hechos que originen la decisión deben haber sido discutidos en el proceso y, segundo, que tales hechos estén debidamente acreditados. En el presente caso entonces, la demandante en el escrito de demanda no se refiere a un perjuicio en el alcance que el juez de instancia le está dando y este, además, no fue probado en el proceso.

Así las cosas, 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 solicita al Tribunal que se revoque la condena en relación con una indebida aplicación de estas competencias. 2. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS. En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen 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 pues: a. Con base en el interrogatorio de parte de la demandante, podemos resaltar que la accionante recibió asesoría por parte de Porvenir en la cual se le informó acerca de la posibilidad de obtener una mejor mesada pensional, así como la pensión anticipada. b. La accionante manifiesta que su motivo para realizar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva al demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma como este se produjo, sino en el

supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño en el Expediente No. 31989. c. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

La obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. e. Incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues está dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención

al usuario que tiene mi representada. La totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

Ahora bien, si de decidiera por parte del Honorable Tribunal, dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por Gastos de administración, pues: a. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado. b. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. c. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de

traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. d. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS. 4. Condena en costas a cargo de mi representada. En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

Alegatos actora.

Tal como quedó demostrado, la señora EDILMA ZAPATA no recibió información veraz y eficiente por parte de la AFP POREVENIR, ni en junio 23 de 1995 cuando para ser contratada en el municipio de concordia, le hicieron firmar el formato de afiliación al RAIS, ni el 18 de enero de 2006 cuando actualizó datos para cambio de modalidad de contrato. Mi poderdante ha permanecido en error y engañada durante todo el tiempo que ha estado afiliada al Sistema General de Pensiones a través del RAIS con PORVENIR. El fondo de pensiones nunca buscó o contacto a mi poderdante para explicarle las condiciones con las cuales podía acceder a una pensión. Fue sólo en septiembre 5 de 2019 cuando por voluntad propia y por estar próxima a cumplir edad mínima pensión, que se acerca a las oficinas de PORVENIR en la avenida oriental para que le informaran sobre el trámite para acceder a la pensión. En el caso que nos ocupa, encontramos que mi poderdante no fue asesorada, informada o instruida sobre sus condiciones pensionales futuras, ni qué condiciones debía cumplir para poderse pensionar en el RAIS. De acuerdo con la jurisprudencia del trabajo la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de la decisión de cambio del régimen pensional.

De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese cambio

(CSJ SL12136-2014). En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008). Esa falta de asesoría se ve plasmada en la información que recibió la señora EDILMA ZAPATA en septiembre de 2019 cuando por voluntad propia al acercarse a las oficinas de la AFP en la avenida oriental, le informan que, si se pensiona a la edad de 57 años, su mesada pensional será de \$828.116, es decir, una mesada por debajo del mínimo teniendo que acudir al fondo de garantía de pensión mínima. Esa información es totalmente diferente, ya que de haber continuado afiliada a COLPESNONES, el monto de la pensión sería en promedio de más de 4 millones. La posición actual de la corte suprema de justicia tiene establecido que para efectos de la eficacia del traslado de régimen pensional, no se suplente el deber de información de parte de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS a los afiliados, con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, ya que este constituye una expresión genérica, que no consulta con la necesidad de que a las personas antes de la concreción del acto jurídico les sean informadas verdaderamente las incidencias que, respecto a sus prestaciones pensionales puedan tener, para lo cual, es necesario en posición de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL que se cuente adicionalmente con un consentimiento informado, correspondiéndole a las AFP suplir la carga de la prueba, documentando que se comunicó a plenitud los efectos que traen consigo el cambio de régimen. Pero, dicho documento, dicha asesora y explicación brilla por su ausencia en el caso de mi prohiada.

En sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y SL4680-2020, La Sala laboral de la CSJ se ocupó de analizar aspectos relevantes relacionados con la eficacia del traslado de régimen pensional: «(i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

Alegatos Colpensiones:

Solicita que se revoque el fallo de primera Instancia, toda vez que los Fondos están en una situación probatoria complicada respecto de los esclarecimientos de los hechos que para el presente caso la demandante está en mejor posición de ilustrar, es pertinente manifestar que la afiliación realizada el 23 de junio del año 1995 a la AFP PORVENIR S.A., por parte de la demandante, fue de manera libre voluntaria espontánea sin coacción alguna, firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del Traslado de Régimen, por tanto no se le puede imponer cargas procesales a la AFP que no están obligados a soportar, estos traslados están generando un detrimento al sistema general de pensiones, toda vez que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de la AFP son insuficientes para sostener una pensión, generando así pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera, dado que para que haya una sostenibilidad en el sistema de RPM se requiere que por cada pensionado haya mínimo 7 aportantes, en tal caso la pensión que tendría que sobrellevar la Entidad que represento, no tendría un piso financiero estable, lo cual genera que para cubrir estas pensiones se requiera del aporte del Estado que lo compone los ciudadanos, situación está que es relevante para la adquisición de recursos por medio de impuestos.

La señora Edilma Zapata Vasco en primer aspecto es pertinente resaltar que de conformidad con el art 2 Ley 797 de 2003, modifíco art 13 de la Ley 100 de 1993 existe una prohibición de traslado entre regímenes dado que a la fecha el demandante cuenta al día de hoy con 55 años de edad y al momento de interponer demanda en el año 2019 tenía la edad de 53 años, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez ;, lo que aplica al caso concreto.

Teniendo en cuenta esta prohibición expresa Colpensiones como administradora de recursos públicos debe dar plena aplicación a las normas y no le es dable interpretar las mismas, no pudiendo entonces la entidad aceptar el traslado pretendido. Respecto del pronunciamiento de la inaplicabilidad constitucional, este no esta teoría no puede ser admisible toda vez que en ningún momento se le está violentando el derecho fundamental al acceso de la Seguridad en pensiones, razón por la por cual el principio de la responsabilidad debe ser compartido dado que el demandante no puede acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario él está en la obligación legal de acceder a la información respecto cual es el fondo más conveniente para percibir su pensión, así las cosas debe de interpretarse que el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa para eximirse de responsabilidad o más bien para el presente caso el desconocimiento de la norma no puede alegarse cuando el

monto de la pensión es inferior o superior en cualquiera de los regímenes constitucionales existentes.

Dado lo anterior, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, desconocería los preceptos constitucionales del Acto Legislativo 01 de 2005 en lo que concierne al principio de sostenibilidad financiera pues este hecho genera una descapitalización infundada de la entidad pues se estaría obligando a soportar una carga financiera considerable sin que se tenga la obligación legal o se haya incurrido en alguna falta para hacerlo. Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T 073 de 2019 aduce: “En esa medida, la jurisprudencia constitucional ha reconocido, de manera uniforme y reiterada, que la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema radica en que permite lograr la cobertura universal y el pago futuro de las pensiones a cargo del sistema”. En este sentido es muy importante traer a colación lo manifestado por el Gerente del banco de la Republica Doctor Leonardo Villar, quien manifestó lo siguiente: “Cuando una persona se traslada de un fondo privado a Colpensiones, el consecuente traslado de recursos desde las AFP alivia temporalmente las finanzas de la entidad, pero, a largo Plazo afecta las finanzas del Estado. Lo anterior, porque Colpensiones asume entonces la obligación de pagar pensiones que valen más de los recursos que se trasladan, generándose un déficit e incrementando un pasivo que a la larga debe ser asumido por la Nación” "Colombia tiene un pasivo pensional que no está fondeado y que tendrá que ser atendido por los contribuyentes en las próximas décadas a través de impuestos generales.”

Finalmente, solicito a su Despacho no condenar en Costas en esta Instancia a mi representada toda vez que esta es un tercero ajeno que no tuvo injerencia alguna en el traslado de forma voluntaria por parte de la demandante señora EDILMA ZAPATA VASCO.

No obstante, por los anteriores argumentos se otorga el traslado de Régimen al demandante de la AFP PORVENIR S.A a Colpensiones le solicito de manera respetuosa manifieste que estos valores deben corresponder, haciendo la salvedad que los mismos serán insuficientes para el pago de la mesada pensional más allá de los 6 años. 1. Dinero total ahorrado en la cuenta individual del demandante 2. Intereses y rendimientos desde en que el demandante está realizando los portes al AFP PORVENIR S.A. hasta que los mismos sean trasladados a Colpensiones 3. Lo correspondiente a las Cuotas de Administración 4. Lo correspondiente al porcentaje de Pensión de garantía Mínima 5. Los porcentajes de los seguros previsionales durante todo el tiempo que estuvo vinculado a la AFP PORVENIR S.A. 6. Gastos de Administración 7. Adicional a lo anterior los dineros deben ser indexados.

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme a los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen de la demandante resulta o no eficaz, (ii) Establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia, (iii) si operó la prescripción (v) Determinar si era procedente ordenar el pago de una pensión de vejez a la señora **Edilma Zapata Vasco**, sin haber sido objeto de pretensiones y a cargo del Fondo Privado.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. La señora **Edilma Zapata Vasco** nació el **17 de octubre de 1961**.
2. La demandante fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** desde el **20 de diciembre de 1988**.
3. La actora suscribió formulario de vinculación a Porvenir S.A., el día **23 de junio de 1995**.
4. En las pretensiones de la demanda no se solicitó pensión de vejez .

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL782 de 2021.

En las últimas providencias citadas, 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: (i) desde la fundación de las AFP, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) 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 a través de la **AFP Porvenir S.A.**, se efectuó el **23 de junio de 1995**, 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.

Los conceptos de información necesaria y transparente son definidos en la providencia citada de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es la de demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante 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.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, 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.

En esa medida al no probarse por parte de **Porvenir S.A.** que para el día **23 de junio de 1995** le brindara a la señora **Zapata Vasco** una información necesaria y transparente acerca de las condiciones del RAIS y las consecuencias de su traslado, sin que se admita que por la firma del formulario quedó probada la debida información, tema que es pacífico y deja claro que este únicamente da cuenta de la afiliación al fondo. Encuentra la Sala que la consecuencia es que la afiliación a esa administradora sea declarada ineficaz en los términos de inciso 1º del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por lo expresado, la Sala procederá a **Confirmar** en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Del concepto y consecuencias de la ineficacia

El a-quo al resolver sobre las consecuencias de la ineficacia recordó que siguiendo lo enseñado por la teoría general de las obligaciones y lo enseñado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia tendría unos efectos similares a los de la nulidad absoluta, que implican que el negocio celebrado vuelva a su estado inicial.

No obstante, advirtió que revertir el negocio jurídico poniendo a las partes en la situación inicial generaría un perjuicio para **Colpensiones**, quien como tercero ajeno al acto jurídico ineficaz no deben soportar carga alguna, por lo que para remediar la situación debe **Porvenir S.A.** efectuar el pago de un título pensional a Colpensiones.

Para sustentar su condena, afirmó que todo aquel que ocasiona un daño está obligado a indemnizarlo, y que en el caso de autos, la omisión de la AFP al momento de la captación del afiliado ocasionó un daño cuantificable en el valor de lo percibido como pensión y que el mismo puede ser asumido de forma directa por **Porvenir S.A.** con el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993 para el régimen de prima

media o bien procediendo a pagar a **Colpensiones** un título pensional con base en el cálculo actuarial efectuado por esta administradora.

A esta decisión se oponen los apoderados de las **partes**, por cuanto a su juicio las consecuencias de la ineficacia son diferentes a las derivadas por el Juez de primera instancia y consisten en lo fundamental que las cosas vuelvan al estado anterior al de la celebración del acto jurídico, además de estar emitiendo un fallo cuando la pensión no fue objeto de pretensiones.

Para resolver el tema objeto de discusión conviene recordar que conforme con la doctrina especializada¹ la **definición de ineficacia** puede darse en dos sentidos, amplio y estricto.

El primero consistente en *“la ineptitud, la falta de idoneidad, la carencia de efectividad de un acto o negocio jurídico para desencadenar efectos negociales...”*, y que se deriva de los siguientes factores:

1. Los sujetos que participaron en los tratos prenegociales desatendieron alguna o algunas de las prescriptivas del segmento del orden jurídico imperativo que gobierna el ejercicio de la autonomía privada.
2. Que en ejercicio de la autonomía privada los tratantes introdujeron condiciones de hecho o condiciones de derecho en contenido del acto negocial que no se cumplieron.
3. Situaciones tales como el ajuste del acto estando viciada la voluntad de alguno de los sujetos negociales, la ilicitud de los motivos inductivos al perfeccionamiento del negocio, la celebración del negocio con fines a fraude a los acreedores y el cierre del acto en detrimento sensible de los intereses patrimoniales de alguna de las partes.

Entre tanto, en su segunda acepción, la del *stricto sensu*, la ineficacia implica que el negocio jurídico exista y sea válido, pero existen factores externos a su estructura que le privan de producir efectos.

Esta figura o mejor su ocurrencia es explicada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-345 de 2017, donde se expresa:

...la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto

¹ Baquero, E. R. (2008). *La ineficacia en el negocio jurídico*. Alianza Editorial. Págs. 21-23.

no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en ese sentido

A partir de esta manifestación se encuentra que uno de los factores externos a los que se alude, se encuentran en la ley y conforme con lo explicado por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-4360 de 2019 son aplicables a modo de sanción cuando se atente contra la libertad de selección de los afiliados del régimen pensional, lo que en el caso de las administradoras de pensiones se verifica cuando teniendo un deber legal de información omitieron suministrar la misma en condiciones suficiencia y objetividad.

En la providencia que se viene de citar la Corte hace una diferencia entre las figuras de inexistencia, nulidad absoluta y relativa y ineficacia en sus dos sentidos, para concluir que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra la figura de la ineficacia en sentido estricto, pues en ella se sanciona: *“...cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional... con la ineficacia del acto.”*

Una vez dilucidado lo anterior, evidencia la Sala que al verificarse el cumplimiento de la trasgresión consagrada en la ley no otra puede ser la sanción aplicada que declarar su carencia de efectividad y la imperativa necesidad de que el orden legal desconocido se restablezca, debiéndose para este fin acudir al artículo 1746 del Código Civil que regula las restituciones mutuas y que establece la necesidad de que las cosas vuelvan al inicial, y esto en el caso de autos se traduce en que la demandante se entienda como afiliada al régimen de prima media.

Así las cosas, encuentra la Sala que le asiste razón a los impugnantes al indicar que la sanción consagrada por el legislador y aplicable al caso estudiado es la **ineficacia** y en ese orden se **revocarán** las ordenes y en su lugar se declarará que la señora **Edilma Zapata Vasco** estuvo afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad.

Implicaciones de la declaratoria de ineficacia para las administradoras de pensiones

La Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008 advirtió sobre la necesidad que existe cuando se declare lo que para aquel momento se denominó *nulidad* de que la administradora de pensiones que la generó devuelva todo lo recibido para lo cual se debe aplicar el artículo 1746 del Código Civil que trata sobre las restituciones mutuas en los

eventos de nulidad relativa y el artículo 963 del Código de Comercio, que establece que el aumento del valor del bien quedara en cabeza del vendedor (en este caso del afiliado) cuando la restitución se deba a incumplimiento del comprador (AFP RAIS).

Esta teoría fue desarrollada por más de 10 años por la jurisprudencia especializada laboral, que, en sentencia SL-4360 de 2019, explicó que al no existir un camino demarcado por el legislador cuando se declare la ineficacia en *stricto sensu*, la institución de inmediata referencia es la nulidad que consagra unas consecuencias idénticas, consistentes en la vuelta al *statu quo ante*.

Para la vuelta a ese estado inicial del negocio regulada en el artículo 1746 del CC, es necesario además tener en cuenta que la seguridad social se rige por unos principios que le son propios y que deben ser aplicados por el juez con el fin de que la vuelta a ese statu quo se dé a través de soluciones que resarzan y compensen los perjuicios ocasionados al afiliado, los que conforme con la jurisprudencia se resumen en 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 RPM².
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 comprador³.
3. **Los gastos de administración:** De conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% de la cotización de los afiliados se destinará se a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, concepto que al declararse la ineficacia de la afiliación y la ficción de que las cosas vuelvan al estado inicial como si esta no se hubiera producido, debe ser devuelto a la administradora del RPM debidamente

² Se 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 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.

indexado, puesto que no esta obligada la entidad que no tuvo nada que ver con la infracción a la ley a soportar sus efectos privándosele de recibir los mismos, máxime cuando el mismo artículo 20 también consagra este concepto en su favor⁴.

- 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 2016.

Esta orden en particular cuenta con reciente sustento jurisprudencial en la sentencia SL 2877-2020 en la cual la Corte Suprema de Justicia la encontró procedente, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que se debe **condenar a Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los siguientes conceptos: (i) El capital ahorrado en la cuenta individual de la señora **Edilma Zapata Vasco**, (ii) los rendimientos generados, (iii) los dineros cobrados por concepto de gastos de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado, (iv) los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte y la prima de reaseguros de Fogafin, los cuales debe trasladar **debidamente indexados**, conforme lo establecido en las sentencias **SL17595 de 2017 y SL4989 de 2018** y (v) el aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima.

En esa medida le asiste razón a Colpensiones en que debe ordenarse el traslado de todos los conceptos con motivo del traslado, porque es una consecuencia clara de la ineficacia dejar las cosas en el estado en que se encontraban, razón que es el mismo argumento por el cual no le asiste razón a Porvenir en que no se le ordene devolver las cuotas de administración.

De otro lado y al conocer en consulta la Sala encuentra pertinente y de acuerdo a lo establecido en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, con el fin de que exista claridad en lo concerniente a los traslados que realizará el Fondo en lo referente a los valores y conceptos que se está trasladando, Adicionar la sentencia en cuanto que **Porvenir S.A.**, al momento de efectuar el

⁴ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ-SL 2611-2020 y CSJ SL 2877-2020.

traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo que se ordena que **Porvenir S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Como consecuencia de lo anterior, **ordenar** a **Colpensiones** recibir estos recursos acreditándolos en términos de semanas cotizadas a nombre de su afiliada **Edilma Zapata Vasco**.

De la pensión reconocida por el Juez extra petita

El Juez de primera instancia en ejercicio de las facultades extra petita reconoció la pensión de vejez a la demandante a cargo de Porvenir S.A., en las mismas condiciones del RPM, a partir del mes siguiente a que ésta reclame y presente la carta de retiro, y que apenas el Fondo pagara el respectivo título pensional de acuerdo al cálculo realizado por Colpensiones, esta última se subrogaba en la obligación.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, la Sala considera que no le asistió razón al Juez de instancia, toda vez que no es procedente pronunciarse sobre este aspecto, ya que no fue propuesta expresamente en la demanda inicial, como pretensión de la demandante, ni fue discutida a lo largo de las sucesivas etapas del proceso, por tanto, tampoco se acreditaron sus supuestos de hecho, razón por la cual no se puede ahora sorprender a una de las partes con un pronunciamiento del cual no tuvo la oportunidad de defenderse, so pena de violar el artículo 29 de la Constitución en relación con el debido proceso y el derecho de defensa.

Se considera que el Juez se extra limitó en esas facultades extra petita, toda vez que la demandante nació en el año 1966, sin contar aún con la edad para acceder a la pensión ordenada, además esta debe reclamar a la entidad administradora la pretendida prestación, para que esta a su vez proceda a estudiar su caso.

Tampoco comparte la Sala que se haya ordenado una pensión a cargo de Porvenir S.A., toda vez que no es coherente dicha condena con la declaratoria de ineficacia del traslado, donde las cosas vuelven al estado en que se encontraban, es decir, afiliada al RPM como si nunca se hubiera trasladado,

siendo entonces la administradora de este régimen de prima media, quien debe proceder a reconocer la prestación.

Valga recalcar que para nada se está atentando contra los dineros de la entidad pública, toda vez que se le está ordenando con la declaratoria de ineficacia el traslado de todos los conceptos que se generaron con motivo de la afiliación al RAIS, es decir, se está entregando el dinero a Colpensiones para que tenga con que financiar la pensión e incluso con los rendimientos obtenidos.

Por lo que, la Sala concluye que debe revocarse la orden que dio el Juez de instancia en cuanto que Porvenir S.A. proceda a reconocer la pensión de vejez a la actora, para en su lugar absolver a este Fondo de esta pretensión, dejando sentado que cuando la demandante proceda a realizar la reclamación de esta prestación es Colpensiones quien debe asumir su reconocimiento, una vez se realice el traslado de las sumas ordenadas con motivo de la ineficacia del traslado.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, 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. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Porvenir S.A.**, agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000, a favor de la parte demandante.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el día **2 de junio de 2022**, en el proceso ordinario laboral promovido por **EDILMA ZAPATA VASCO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.**, en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS.

REVOCÁNDOLA en cuanto a las ordenes proferidas, para en su lugar:

PRIMERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** los siguientes conceptos recibidos con motivos de la afiliación de la demandante: (i) El capital ahorrado en la cuenta individual de la señora **Edilma Zapata Vasco**, (ii) los rendimientos generados, (iii) los dineros cobrados por concepto de gastos de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado, (iv) los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte y la prima de reaseguros de Fogafin, los cuales debe trasladar **debidamente indexados** y (v) el aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima.

Se ordena a Porvenir S.A., al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez recibidos estos recursos proceda a acreditarlos en términos de semanas cotizadas a nombre de la señora **EDILMA ZAPATA VASCO**, quien se entenderá como afiliada al RPM sin solución de continuidad.

TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A., respecto de la condena impuesta de reconocer pensión de vejez a la demandante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de **Porvenir S.A.**, agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000, a favor de la parte demandante.

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**, el cual se fijará por el término de un día en la Secretaría de la Sala.

LOS MAGISTRADOS

Radicado 05001-31-05-003-2019-00731-01
Radicado Interno: P15522
Asunto: Confirma y revoca sentencia



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTINEZ

Radicado 05001-31-05-003-2019-00731-01
Radicado Interno: P15522
Asunto: Confirma y revoca sentencia



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	Edilma Zapata Vasco
DEMANDADO	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05- 003-2019-00731-01
DECISIÓN	CONFIRMA Y REVOCA
MAGISTRADO PONENTE	CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

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/131> 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 02 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 02 de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO