



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Hernando Enrique Pacheco Torres
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05-012-2020-00408
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veinticinco (25) de noviembre 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 **325** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **HERNANDO ENRIQUE PACHECO TORRES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-012-2020-00408**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

De conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar y continuar con la representación judicial de PORVENIR S.A. a la doctora **MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA**, como apoderada de PORVENIR S.A.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A., debiéndose ordenar el retorno al RPM administrado por COLPENSIONES, así como también, su activación en los dos meses siguientes a que se produzca el fallo.

Como consecuencia, que se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, y que se condene en costas procesales a la parte demandada.

- **HECHOS:**

Como supuestos fácticos manifiesta que nació el 1° de marzo de 1958. Que cuenta con 1.365 semanas de cotización. Que se encuentra cotizando para obtener su pensión desde febrero de 1980, aportes que realizó a COLPENSIONES. Que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 se crearon los fondos privados y para la fecha contaba con 350 semanas de cotización y 36 años de edad. Que, a partir del año 1994, las administradoras de pensiones iniciaron unas campañas masivas de afiliación, utilizando como estrategias el miedo y la desinformación de los aportantes al sistema. Que en octubre de 1999 se encontraba trabajando en la Empresa Social del Estado Hospital San Bartolomé cuando le solicitaron afiliarse a PORVENIR S.A., afiliado por la señora CLAUDIA JIMENEZ, tomando la firma sin brindar algún tipo de asesoría profesional. Que PORVENIR S.A. nunca informó sobre la restricción de traslado, ni tampoco informó sobre cómo se calculaba la pensión en el RAIS. Que en el 2009 cumplió 51 años, siendo este el último plazo para realizar un traslado de régimen. Que solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, siendo este negado. Que el 28 de julio de 2020 radicó ante PORVENIR S.A. una solicitud de información y aclaración sobre el traslado y el 24 de agosto de 2020 recibió la respuesta, sin embargo, no fue concreta y clara.

- **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento y su edad. Que no le consta las cotizaciones realizadas a PORVENIR S.A. Que no es cierto que se encuentra cotizando desde febrero de 1980. Que es cierto que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 se crearon los fondos privados y que no es cierto que para esta época el

demandante había cotizado 350 semanas y tenía 36 años. Que no le consta los hechos relacionados con entidades ajenas a COLPENSIONES. Que no le consta la información brindada por asesores de PORVENIR S.A. Que es cierto que con la Ley 797 de 2003 se crea una restricción para el traslado de régimen. Que es cierto que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, así como también que esta fue negada. Y Que no le consta las solicitudes realizadas a PORVENIR S.A. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demanda, manifestó que no le consta la fecha de nacimiento y su edad. Que no es cierto que el demandante cuenta con un total de 1.365 semanas de cotización. Que no le consta que se encuentra cotizando desde febrero de 1980. Que no le consta que para esa época contaba con 350 semanas de cotización y 36 años. Que no es cierto que a partir de 1994 las administradoras iniciaron campañas masivas de afiliación. Que no le consta el lugar donde estaba laborando y que no es cierto como se dio su afiliación. Que no es cierto que el traslado de régimen se dio sin brindar ningún tipo de asesoría comercial, ya que este se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha. Que no es cierto que PORVENIR S.A. nunca le informó sobre dicha restricción, ni como tampoco sobre cómo se calculaba la pensión en el RAIS. Que no es cierto que PORVENIR S.A. nunca mostró una proyección de su pensión. Que no le consta los hechos relacionados con otras entidades. Y que no es cierto que radicó ante PORVENIR S.A. solicitud de información y aclaración de incógnitas, como tampoco es cierto la respuesta a la solicitud. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 24 de mayo de 2022, el Juzgado Decimosegundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marco de la afiliación adelantada por PORVENIR S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión, expuso que PORVENIR S.A tenía la obligación de proporcionar a quien pretendía captar como su afiliado una información completa, clara y oportuna, toda vez que el fondo privado es quien tiene la carga de probar su diligencia y cuidado al momento de brindar la información sobre las implicaciones que le acarreaba el traslado de régimen en el caso en particular, de manera clara, detallada y documentada, señalándole cuáles eran las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Y que no se aportó prueba del cumplimiento de dicha obligación por lo que la afiliación es ineficaz.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

DECLARÓ infundadas las excepciones de prescripción y compensación.

CONDENÓ en costas a **PORVENIR S.A.** Y no condenó en costas a COLPENSIONES.

- **APELACIÓN:**

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó recurso de apelación de manera total contra la sentencia proferida por el despacho, manifestando que, PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información establecido para la época. Que del interrogatorio de parte se desprende que su traslado a PORVENIR S.A, obedeció que se sintió obligado por el empleador para trasladarse, pese a que no manifestó consecuencias

negativas de haberlo hecho. Que PORVENIR S.A. no puede rechazar ninguna de las afiliaciones, si el demandante considera que su afiliación fue constreñida y no fue valida debió haber manifestado esa situación a su empleador, pero el demandante también fue indiferente en relación con su futuro pensional. Que su motivación es la diferencia de la prestación económica que podría otorgarle uno u otro régimen, y estos procesos no pueden tener como base el cumplimiento de expectativas pensionales. Que el acto de traslado cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y no tiene ningún vicio de omisión que lo invalide. Que en caso de dejarse firme la ineficacia, solicita se revoque lo relacionado con los conceptos que no integran la cuenta de ahorro individual, que corresponden a gastos de administración, seguros previsionales y demás, porque estos descuentos fueron realizados de manera legal, ya que ordenar la devolución de estos conceptos por parte de PORVENIR S.A. de su propio patrimonio generaría un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES y una descapitalización del patrimonio de PORVENIR S.A., por lo que no se debe condenar a la devolución de ningún concepto que no integre la cuenta de ahorro individual como tampoco a las costas procesales.

Así mismo, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

Indicó en sus alegatos que la carga de la prueba está en cabeza de los fondos privados y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información. Que el régimen de transición no se requiere para que proceda la ineficacia del traslado de régimen, pues el deber de información aplica para todos. Que los fondos privados no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen en pensiones y tampoco antes de que el demandante cumpliera los 52 años. Y que en el interrogatorio de parte se evidencia que el demandante fue engañado por los asesores de las AFP, quienes con mentiras y engaños lograron su traslado y mantenerlo en su sistema.

✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos, solicitó que se revoque la decisión en primera instancia toda vez que, para la fecha en que el demandante realizó su traslado entre administradoras de fondo, la norma vigente que reguló la materia es el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en donde el afiliado no puede trasladarse cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional para la conservación del régimen de prima media en los casos de traslado. Y que el traslado que realizó el actor a PORVENIR S.A. desde octubre de 1999, lo hizo conforme a la legislación que regulaba la materia, por lo tanto, se realizó dentro de la legalidad, y por eso COLPENSIONES debe ser absuelta y no asumir consecuencias de terceros.

✓ PORVENIR S.A.:

Indicó en sus alegatos que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión del demandante se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza. Que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información, y le entregó información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo formulario de afiliación. Que el demandante contó con varias oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo. Que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre ambos regímenes. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de presa informando cambios normativos. Que los documentos que acrediten la entrega de información no era una obligación vigente para el momento del traslado del actor. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014, y por ende tales obligaciones no existían para la época de afiliación y estas no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que se avizora un incumplimiento del demandante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. Que las condiciones del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa. Que la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación del demandante debe ser revocada. Que si se deja en firma dicha

decisión se solicita que no se condene a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentra en el patrimonio de PORVENIR S.A. Que respecto de las costas se debe tener en cuenta que PORVENIR S.A. siempre obró de buena fe y de manera objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales para la época en que se dio el traslado.

CONSIDERACIONES

Los **problemas jurídicos** a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación del señor HERNANDO ENRIQUE PACHECO TORRES a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; **ii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; **iii)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; **iv)** y la imposición en las costas procesales en contra de PORVENIR S.A.

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

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

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de

la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

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

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

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

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

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes

que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,

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

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

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

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, 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 del actor, del interrogatorio de parte se desprende que en el año 1999 estaba trabajando en el hospital San Bartolomé de Murindó, cuando el jefe de personal reunió a todos los funcionarios para informarles que se tenían que pasar de fondo de pensiones porque el ISS se iba a acabar. Que no recibió asesoría ni información por parte de PORVENIR S.A. Que fue insinuado por el empleador y no fue voluntaria su afiliación. Que conocía de las

consecuencias negativas, simplemente la única opción era trasladarse. Que confió en la palabra de la persona que las reunió. Que no le dieron características de PORVENIR S.A. Que no ha recibido asesoría de PORVENIR S.A. Que no tiene conocimiento de todo lo que conlleva estar en el fondo privado. Que su motivación de traslado es porque no sabía otras opciones de fondos. Que aún se encuentra cotizando al sistema general de pensiones, y que no ha solicitado la pensión. Y que nunca buscó asesoría del ISS.

En lo que respecta a 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.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., pues si bien se aportó el formulario de traslado a dicha entidad de folios 35 de la contestación de la demanda, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, pero lo cierto es que dicha información no es prueba suficiente para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible,

puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

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

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

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

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

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS del actor fue el 7 de octubre de 1999, lo que se corresponde con el primer momento, y que 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 PORVENIR 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 **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

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

Ahora bien, con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado 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 el 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 el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a la apelación y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara

la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

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

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.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

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.**, además de lo ordenado por la juez y teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema, deberá también devolver lo correspondiente a la **prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este aspecto **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **PORVENIR S.A.**, incluir este valor por entregar a COLPENSIONES.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas

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.

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.

iv. Costas procesales

En lo que tiene que ver con la apelación interpuesta por PORVENIR S.A., en el sentido de no ser condenado en costas, ha de indicarse que al ser una condena objetiva que se le impone a la parte vencida en el proceso, no es potestativo del operador jurídico imponerlas, ni obedece a un mero capricho; y dado que este fondo fue al que se trasladó el actor originando la ineficacia por la falta del deber de información, conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso, debe tratarse como una parte vencida, y en ese sentido hay lugar a la imposición de costas a su cargo en un 100%, debiéndose **CONFIRMAR** la sentencia en este aspecto.

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.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. por no salir adelante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

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

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia

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

Los Magistrados,


GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Hernando Enrique Pacheco Torres
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 012-2020-00408
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 28 de noviembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 28 de noviembre de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO