



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Piedad Astrid González Libreros
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-004-2019-00002
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 **321** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **PIEDAD ASTRID GONZÁLEZ LIBREROS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-004-2019-00002**.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare que el traslado a PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. está viciado de nulidad o ineficacia, por violación objetiva del deber de información, debiendo pertenecer a COLPENSIONES, quien es el competente para reconocer la pensión de vejez a futuro.

Como como consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladarla a COLPENSIONES, así como los aportes de la cuenta de ahorro individual con

la totalidad de rendimientos, debiendo esta última entidad recibir los aportes. Y que se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que nació el 21 de septiembre de 1965. Que se afilió al ISS en el año de 1993. Que se trasladó a PORVENIR S.A. en el año 2003, por insistencia del asesor del fondo privado. Que para el 2003 contaba con 342.29 semanas. Que, en el año 2004, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. de la misma manera que sucedió con PORVENIR S.A. Que de haber permanecido en el RPM gozaría de una pensión mas elevada que la establecida en el RAIS. Que la única prueba documental aportada por los fondos, es el formulario de afiliación. Y que solicitó el traslado a COLPENSIONES, el 20 de septiembre de 2018.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a las circunstancias fácticas planteadas en la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento y la afiliación a este fondo. Que no le constan las semanas cotizadas. Que es cierto que se trasladó a un fondo privado. Que no le consta la información suministrada por los fondos privados ni tampoco las solicitudes elevadas a dichas entidades. Y que es cierto que presentó solicitudes ante COLPENSIONES, para trasladarse. Se opuso a todas las pretensiones. Y presento varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda señaló que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación al ISS. Que no le consta la afiliación a PORVENIR S.A. ni lo manifestado por este fondo privado. Que es cierto que se afilió a PROTECCIÓN S.A. Que no es cierto que no se le haya brindado una correcta información, toda vez que los asesores del fondo privado son capacitados para orientar a los posibles afiliados, por lo que a la demandante si se le explicaron sobre las diferencias entre ambos regímenes. Que no le consta la liquidación extrajudicial realizada. Que no es cierto que a la actora

solo se haya entregado el formulario de afiliación, pues además se aportó formulario de reasesoría. Y que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Y presentó varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la fecha de nacimiento, ni tampoco la afiliación al ISS. Que es cierto que se trasladó a PORVENIR S.A. el 27 de diciembre de 2002. Que no es cierto que no se le haya brindado una correcta información a la demandante, además de que han pasado 17 años de la afiliación, y es improbable saber que le dijo el asesor. Que no le constan las semanas cotizadas. Que no le consta los hechos en los que se refiere a PROTECCIÓN S.A. ni la información suministrada por este fondo, pero lo cierto es que se encuentra afiliado a dicho fondo. Y que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones que van dirigidas en su contra. Y presentó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 11 de marzo de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la demandante de ISS hoy COLPENSIONES, a PORVENIR S.A. realizada el 27 diciembre de 2002, así como también, la afiliación en el mismo régimen realizadas el 1° de octubre de 2004 a PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, quedando incólume la afiliación al RPM que actualmente está a cargo de COLPENSIONES, entendiéndose que estuvo afiliada a dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad desde la afiliación inicial.

Como fundamento de su decisión expuso que toda afiliación debe estar precedida por actos de información, siendo estos completos, oportunos y ciertos, que permitan tener claridad y conocimiento sobre la decisión que ha de tomar el que pretenden captar como afiliado, además, la información proporcionada debe ser también eficaz y eficiente, resaltando que tal eficacia, es un principio de rango constitucional y la eficiencia es bastante exigente para las AFP, teniendo en cuenta que es una elección de vida y del futuro pensional, por ello para que se determine como una decisión libre, debe conocer

cabalmente las opciones, diferencias y consecuencias de los distintos regímenes.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. como obligada a la devolución o retorno de todas las sumas que recibió con ocasión del traslado de la demandante y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, aportes, y rendimientos financieros, con destino a COLPENSIONES, que lo recibirá a su satisfacción y equivalencia dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión; las cuotas o comisiones de pagos o gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro y primas, pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, retornarán debidamente indexados desde su causación hasta el momento de pago a COLPENSIONES y con cargo al propio patrimonio.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. como obligada a la devolución y retorno de las comisiones o gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados a la conformación del capital de la garantía de pensión mínima, causadas durante todo el período que mantuvo la afiliación, y con destino a COLPENSIONES, que lo recibirá a satisfacción y equivalencia dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la firmeza de esta decisión, los valores deben ser debidamente indexados desde que se causaron hasta el momento del pago y con cargo a su propio patrimonio.

ORDENÓ a COLPENSIONES proceda a reactivar la afiliación de la demandante por cuenta de esa entidad al régimen de prima media con prestación definida, que brinde todas las garantías de la afiliación, resuelva la petición de vejez, reciba los valores de la cuenta de ahorro individual a su satisfacción y equivalencia, los cuales deben ser detallados en su IBC y tiempos, y ajuste el histórico laboral de aportes y sin solución de continuidad.

DESESTIMÓ, las excepciones de fondo o de mérito propuestas por las demandadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A. Y **no se condenó** en costas ni a favor ni en contra de las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

• **APELACIONES:**

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia, toda vez que, si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, este no debe ser aplicado de manera objetiva, ya que se deben observar las circunstancias de cada caso en concreto. Que no era procedente declarar la ineficacia, ya que para la entidad no era obligatorio presentar un documento diferente al formulario de afiliación, como lo ha expuesto la Superfinanciera. Que, en el interrogatorio de parte, la demandante no recuerda nada y el no recordar no se puede equiparar al tema de no existir falta de información. Que se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad expuesto por la Corte Constitucional, en donde expresa que se debe respetar el principio de inescindibilidad de la norma, aplicándose de manera íntegra, pues si todo se debe retrotraer al momento inicial, nunca existieron los rendimientos y solo se debe realizar el traslado de las cotizaciones, y por tal razón cualquier otro emolumento, la ley contempló que se podían realizar dichas deducciones. Que no se pueden devolver los gastos de administración, pues el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, es claro en manifestar que el 3% se destina a financiar gastos de administración y seguros previsionales para la pensión de invalidez y sobrevivencia, y además estos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez, y por tal razón están sujetos a la prescripción. Que la Superfinanciera expresó que los únicos conceptos a retornar son los aportes y rendimientos. Que no se deben devolver los seguros previsionales, ya que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Y que se debe declarar la prescripción de todos estos conceptos.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Interpone y sustenta el recurso de apelación de forma parcial específicamente en lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que estos son conceptos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes. Que estos conceptos tienen una destinación específica contemplada en la ley y deben consignarse en cuentas apartes de la que tiene como finalidad financiera la mesada pensional.

Que, si la consecuencia es tener como afiliada sin solución de continuidad A la actora al RPM, solo se debería ordenar los aportes y los rendimientos generados en el RPM, ya que son mucho mayores los causados en el RAIS, incurriendo COLPENSIONES, en un enriquecimiento sin justa causa. Y que se debe aplicar la prescripción a las cuotas de administración, ya que no tienen como vocación financiar la prestación económica, y son obligaciones de tracto sucesivo.

✓ COLPENSIONES:

Interpone recurso de apelación de manera parcial, y que, en caso de concederse la teoría de la ineficacia, solicitando se adicione la sentencia de que todos los componentes ordenados a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben ser discriminado con sus respectivos valores y los detalles pormenorizados de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que lo justifique. Y que se debe revocar el reconocimiento pensional, una vez la demandante radique la solicitud, ya que no obra en el proceso que la demandante haya presentado la reclamación administrativa, como tampoco fue enlistado en la fijación del litigio, y además la actora solo cuenta con 56 años de edad, por lo que no posee con los años requeridos para acceder a la pensión de vejez.

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

• **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos señaló que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que se presentarse una imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Que en caso de considerarse procedente la teoría de la ineficacia, se debe adicionar la sentencia en lo que respecta a que los valores a trasladar, deben aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que

los justifiquen. Y que se revoque la orden de resolver el derecho a la pensión de vejez de la demandante, por no estar solicitado en la demanda ni en la fijación del litigio.

✓ PORVENIR S.A.:

En sus alegatos solicitó que se revoque en su integridad la sentencia, toda vez que, no se logró probar los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, como tampoco el artículo 1508, en los cuales se expresan los vicios del consentimiento. Que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume auténtico, y, además, fue libre, espontáneo y sin presiones, sumado a que no fue tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Que, de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada conforme a la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado. Que PORVENIR S.A. siempre garantizó el derecho de retracto, conforme a la publicación realizada en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004. Que realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa. Que no se allegó pruebas del incumplimiento de los deberes al momento de la vinculación, esto es entregar información completa, veraz y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, toda vez que, se cumplió con la carga procesal impuesta, en la medida en que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que fue una decisión libre e informada. Que no es viable imponer cargas distintas a las previstas en las leyes, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima, ya que la afiliada para ese momento era jurídicamente capaz y el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora se desconocen instituciones primarias de un estado social de derecho como lo son la validez y los efectos de los actos jurídicos. Que la afiliada nunca se preocupó por conocer aspectos relevantes, lo que denota negligencia. Que en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la pensión del afiliado y en virtud del artículo 1746 da a las partes el derecho a ser restituir las cosas al mismo estado en que se

hallarían. Y que determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que, si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

CONSIDERACIONES

Los **problemas jurídicos** a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora PIEDAD ASTRID GONZÁLEZ LIBREROS 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 los fondos privados y lo ordenado por el juez; **iii)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

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

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que la afiliación en el año 2002 a PORVENIR S.A. no la recuerda muy bien, tan solo sabe que subió al área de recursos humanos a firmar el contrato, y todas esas afiliaciones no le prestó atención. Que no tiene presente que se le haya brindado una asesoría, que ella lo único que Sabe es que su afiliación la manejó el área de recursos humanos. Que supo que se trasladó a PORVENIR S.A. por los papeles presentados para la demanda. Que no conoce los formularios de afiliación firmados, pero que las firmas si son las suyas. Que se dio cuenta que estaba afiliada al fondo privado, cuando cumplió los 50 años, y subió a recursos humanos para averiguar sobre su pensión. Que la afiliación

a PROTECCIÓN S.A, también la realizó recursos humanos, pero no recuerda haberse sentado con alguien que le explicara sobre el fondo privado. Que no se sintió presionada para firmar los formularios. Que en el año 2002 no sabía nada de los fondos privados. Que nunca le llegó información de los fondos privados. Y que desea retornar a COLPENSIONES, por los ingresos obtenidos.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que se anexaron los documentos visible de folios 156 y 268 del expediente digital, estos son, los formularios de afiliación, mismos que la demandante suscribió, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que estos documentos no son prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones

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

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

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

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

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

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS de la actora fue el 27 de diciembre de 2002, a PORVENIR S.A., lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019,

la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: “...i) *la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*”

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

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por PORVENIR S.A. en el año 2002, y no con los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

“Por último, considera también la Sala que la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del

cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021)." (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

En el caso de autos, vale hacer una precisión que si bien a la actora se le realizó una reasesoría por parte de PROTECCIÓN S.A. el día 07 de septiembre de 2012 (folio 164), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en 2002, la cual generó en ineficacia, y, por lo tanto, es desde allí que todas las actuaciones no producen sus efectos propios.

Se tiene entonces que, **PORVENIR S.A.**, como primer fondo al que se trasladó la demandante, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

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

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

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

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

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben*

trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
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.

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.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, teniendo como base el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, y que la presente sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., además de lo ordenado por el juez, también deberán devolver la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos, indicando que es procedente la indexación conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias con radicado SL1688-2019, SL1689-2019, SL 782-2021, SL 1187-2021 y SL 1197-2021, sin que esta orden este vulnerando el principio de la consonancia debido a la revisión en consulta en favor de COLPENSIONES; haciendo claridad que PORVENIR S.A. solo deberá

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶ En 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.

⁷ Respecto 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.

trasladar los conceptos por el tiempo en que la actora permaneció en dicho fondo, por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto las recientes providencias de la Corte Suprema de Justicia como lo son las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá **ADICIONAR** las condenas proferidas a los fondos privados, para ordenarle que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a lo orden dada a COLPENSIONES de resolver la solicitud pensional una vez sea elevada la solicitud por la parte actora, para la Sala, es claro que no se está violentando principio alguno, como lo es el de sostenibilidad financiera, pues con la orden impuesta a COLPENSIONES, solo se está estableciendo el estudio de la prestación económica bajo la normatividad respectiva, sin pretenderse que esta solicitud deba ser favorable o no para la accionante, lo que sin lugar a dudas debe ser analizar por el fondo público en su momento. Por tal razón, dicha orden permanecerá incólume, debiendo ser **CONFIRMADA**.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que

debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera 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.

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

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por no salir totalmente adelante sus recursos. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, la cual se dividirá en partes iguales para cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** y demás fondos privados.

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

recursos, aclarando que para **PORVENIR S.A.** solo será por el tiempo en que la actora permaneció allí.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, y **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, estos conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Las costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia.

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

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Piedad Astrid González Libreros
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-004-2019-00002
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