



SENTENCIA

|            |                                       |
|------------|---------------------------------------|
| PROCESO    | Ordinario laboral                     |
| DEMANDANTE | Loida Soto Salazar                    |
| DEMANDADO  | Colpensiones y Porvenir S.A.          |
| RADICADO   | 05-001-31-05-010-2019-00708           |
| TEMA       | Ineficacia de traslado                |
| DECISIÓN   | Adiciona, revoca 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 322** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **LOIDA SOTO SALAZAR** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-010-2019-00708**.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la nulidad de traslado a PORVENIR S.A, y que, por tal razón, se tenga como valida y son solución de continuidad la afiliación al RPM, siendo obligada PORVENIR S.A. a devolver los aportes realizados por ésta a COLPENSIONES, sin cobros de administración.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar todos y cada uno de los aportes efectuados al RAIS, incluidos los rendimientos financieros y sin ningún descuento por cuotas de administración, debiendo tener como válida y continua la afiliación al RPM. Y que se condene en costas a las demandadas.

• **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones expuso que, nació el 9 de abril de 1965. Que inició con sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida afiliándose en el mes de febrero de 1995. Que posteriormente se trasladó para PORVENIR S.A., el día 16 de febrero de 1995. Que PORVENIR S.A. no fue claro, ni preciso frente a la información del estado final de su pensión al momento de traslado de régimen. Que en vista de la omisión de asesoría no pudo evidenciar cual régimen le era más beneficiosos. Que el 25 de septiembre de 2019, elevó derecho de petición antes PORVENIR S.A., solicitando el traslado de régimen y la prueba de asesoría y reasesoría, sin embargo, la administradora omitió dar respuesta alguna. Y que el 24 de septiembre de 2019, se envió reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, sin recibir respuesta.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento según se relaciona en la historia laboral. Que es cierto que estuvo inicialmente afiliada al RPM, registrando cotizaciones por el período de 12 de marzo de 1984 al 28 de febrero de 1995. Que se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A. en el año 1995. Que recibió una respuesta negativa en cuanto a la solicitud de traslado y afiliación elevada a COLPENSIONES. Y que no le constan los demás hechos, toda vez que van dirigidos a un tercero ajeno. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

En lo que respecta a los hechos de la demanda expuso que, es cierta la edad. Que no le consta la afiliación al RPM. Que la afiliación realizada a PORVENIR S.A., fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la declaración escrita. Que el fondo privado le brindó toda la información clara, precisa y suficiente, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, por tal razón la decisión de suscribir el formulario de afiliación fue de manera libre. Que a la demandante se le

garantizó el derecho de retracto. Que conforme a la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, estaba establecida como única exigencia, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de afiliación. Y que no le constan los demás hechos. Se opuso a todas las pretensiones. Y formuló varias excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 23 de mayo de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS efectuado el 16 de febrero de 1995, por la demandante, y, en consecuencia, ha permaneció afiliada sin solución de continuidad en el RPM, administrado por COLPENSIONES,

Como argumento de su decisión, señaló que la libertad para expresar su voluntad debe pasar necesariamente por el conocimiento detallado de la información, que lleve a la persona a brindar su consentimiento informado, y si no se está frente a dicho consentimiento, se estaría frente a la ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta el deber que le asiste a las administradoras pensionales de presentar la información de manera clara y detallada.

**CONDENÓ** a PORVENIR S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales si los hubiere. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM. Al momento de cumplirse la orden, los 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.

**ORDENÓ** a COLPENSIONES, a recibir de PORVENIR S.A, los valores aludidos, y a incorporarlos como semanas válidamente cotizadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional en la historia laboral de la demandante.

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

• **APELACIONES:**

✓ **COLPENSIONES:**

Interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la decisión de primera instancia de manera total, pues se está atentando contra el principio de la sostenibilidad financiera, ya reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y analizado en la norma y la constitucionalidad de la ley 100 del 93, y así también se sostuvo en la sentencia SU-130 del 2013. Que la demandante, no logró demostrar un vicio real causado al consentimiento, que permita enervar el contrato de afiliación suscrito al régimen de ahorro individual con solidaridad. Que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, y, por tanto, no se puede invertir la carga dinámica de la prueba de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso individual. Que se desconoce que el deber de información que tiene las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, y hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento del formulario de afiliación para probar el consentimiento plasmado por el afiliado, por cuanto las leyes que surgieron en el año 2004 y 2016, no exigía nada diferente al documento de afiliación, y así también lo manifestó la Corte Suprema de Justicia, respecto a la afiliación tácita que permite convalidar por un tiempo determinado un mayor número de cotizaciones en el RAIS, tesis que fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia y el cual se desconoce. Y que se deben dejar incólumes las costas procesales, ya que COLPENSIONES es un tercero ajeno, vinculado a proceso para efectos de oponibilidad de la sentencia.

✓ **PORVENIR S.A.:**

Interponer recurso apelación solicitando que revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que no comparte la declaración de la ineficacia de traslado, pues se debe tener en cuenta que las condiciones tanto de afiliación, reconocimiento y cotización al régimen de ahorro individual del régimen de prima media con prestación definida se encuentran expresamente

establecidas en la ley, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, debiendo ser aplicadas las presunciones establecidas en el Código Civil y el Código General del proceso, en donde se podría presumir que PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información y que como consecuencia de ella la afiliación al régimen de ahorro individual estuvo precedido de una adecuada información. Que, en caso de considerarse la declaratoria ineficacia, se debe absolver a PORVENIR S.A. de devolver por concepto de comisiones de administración y suma del seguro previsional, ya que estos seguros son un concepto pagado a un tercero de buena fe de la relación contractual, que no fue vinculada al proceso, asimismo, cumplió con su obligación legal de cubrir los riesgos de invalidez y muerte durante su afiliación con PORVENIR S.A. Que en lo que respecta a las comisiones o gastos de administración, no se deben devolver, ya que son un concepto autorizado por ley, y como consecuencia, se vio materializado el incremento en el saldo de la cuenta de ahorro individual de los mismos, generando rendimientos Financieros, incluso por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia, y ello también es argumento para manifestar que menos aún procede la indemnización establecida en sede de instancia, precisamente porque ante la eventual pérdida del valor adquisitivo de la moneda, los rendimientos cubrieron dicha situación. Que se debe tener en cuenta que el 3% de la cotización, es destinada a financiar la comisión de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes, y no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la parte demandante. Y que debe prosperar la prescripción.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Expuso en sus alegatos que se debe revocar la sentencia, toda vez que, en relación a las pruebas allegadas, la parte demandante no logró acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de ineficacia. Que en los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga

de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos, puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, mientras que para la demandante solo se reduce al interrogatorio de parte y a realizar afirmaciones sin base de sustento; seguidamente la motivación actual de la actora, para retornar o trasladarse el régimen de prima media con prestación definida, se basa en una expectativa económica de mesada pensional. Que la Corte Suprema de Justicia, desconoció el precedente constitucional, al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional; por tal razón no pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa. Que la Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor. Que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. Que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, el principio de legalidad y el debido proceso. Y que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

✓ PORVENIR S.A.:

Señaló en sus alegatos, que se debe revocar la sentencia en su totalidad, toda vez que en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, y si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo. Que en este asunto

ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso, y el formulario de afiliación, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP. Que la selección de régimen fue libre, espontánea y sin presiones, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación. Que al descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, la misma estaría saneada por la ratificación tacita 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 la carga de la prueba la tiene en este caso las administradoras, ya que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a PORVENIR, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima. Que en el hipotético caso que se considere que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede desconocerse el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, y en igual sentido, el artículo 1746 del Código Civil, donde la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas. Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico. Y que los gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, ha manifestado que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, así como tampoco la comisión de administración.

### **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 LOIDA SOTO SALAZAR 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 devolución o no del bono pensional; **iv)** y, 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; SL3464, 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 el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que se traslado a PORVENIR S.A. hace más de 20 años, cuando laboraba en el Instituto Colombo Venezolano, donde aún continúa trabajando, siendo convocada a una reunión informativa, en la cual le dijeron que se había tomado una decisión institucional, en la que todos los trabajadores iban a ser cambiado a HORIZONTES. Que no se acercó a PORVENIR S.A. para corroborar la información de traslado. Que no tiene conocimiento de que manejaría una cuenta de ahorro individual, la cual daría unos rendimientos. Que no le indicaron en que momento podía retornar al RPM. Que no recibió una asesoría de manera individual por parte de PORVENIR S.A. Que el asesor no le manifestó que pasaría con las cotizaciones en caso de que falleciera. Que no le manifestaron que la pensión tenía que ver con el capital que tuviere en PORVENIR S.A., como tampoco le indicaron de las modalidades de pensión. Y que se dio cuenta que saldría con una pensión a la que no aspiraba, ya que, entendido mucho tiempo después que, para conseguir una mejor mesada, debía realizar aportes adicionales y no tenía los medios económicos para hacerlo.

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 la afirmación realizada por la demandante no fue desvirtuada procesalmente por PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que aportó el documento visible de folio 26 de la contestación de la demanda digitalizada, esto es, el formulario de afiliación, que permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

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

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

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados

beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

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

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

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS de la actora fue el 16 de febrero 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.

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:***

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, 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 RPM<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>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.

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 comprador<sup>2</sup>.
3. Los **gastos de administración**<sup>3</sup>, 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 beneficios<sup>4</sup>, (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 pensiones<sup>5</sup>.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados<sup>6</sup>.

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

---

<sup>2</sup>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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Sentencia SL-4360-2019.

<sup>5</sup> Sentencia SL-2877-2020.

<sup>6</sup>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.

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<sup>7</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y toda vez que la sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. PORVENIR S.A., además de lo ordenado por el juez, conforme al principio de sostenibilidad financiera del sistema, deberá devolver la **prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos, señalando además, que es procedente la indexación ordenada por el juez, toda vez que de esta manera se verá compensada la pérdida adquisitiva de la moneda, figura que es totalmente disímil a la figura de los rendimientos financieros generados por un fondo privado, los cuales se da como resultado de las inversiones realizadas por el fondo en un período establecido, que sin lugar a dudas también pueden generar una desvalorización en su rentabilidad de acuerdo a la situación económica del país o a nivel mundial pudiéndose ver afectado el capital de las cuentas individuales, por lo tanto, al tener derecho al traslado, éstos conceptos deberán ser actualizado al momento del pago, como 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; debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

### **iii. Bono pensional.**

En lo que respecta a la orden dada por el juez a PORVENIR S.A. de devolver los bonos pensionales, se tiene pues que la redención normal del mismo sería para el 9 de abril de 2025, fecha en la que la demandante cumpliría los 60 años de edad; sin embargo, hay que tener en cuenta que, previo al pago del bono, debe surtir varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la afiliación válida de la actora es la efectuada al régimen de prima media, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo que haya lugar. Por tal razón

---

<sup>7</sup>Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL2877-2020, 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.



dicha orden deberá **REVOCARSE**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

***iv. 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, REVOCARÁ 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. En estas son a cargo de PORVENIR S.A., por no salir avante su recurso de apelación. 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 del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

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

**TERCERO:** Se **REVOCA** la orden dada a **PORVENIR S.A.**, respecto a la devolución del bono pensional, conforme se dijo en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

Los Magistrados,



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**



**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:

|                           |                                       |
|---------------------------|---------------------------------------|
| <b>PROCESO</b>            | Ordinario laboral                     |
| <b>DEMANDANTE</b>         | Loida Soto Salazar                    |
| <b>DEMANDADO</b>          | Colpensiones y Porvenir S.A.          |
| <b>RADICADO</b>           | 05-001-31-05- <b>010-2019-00708</b>   |
| <b>DECISIÓN</b>           | Adiciona, revoca y confirma sentencia |
| <b>MAGISTRADO PONENTE</b> | 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