



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Luis Carlos Anzola Pachón
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-017-2021-00270
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 157** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS CARLOS ANZOLA PACHÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-017-2021-00270**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación del RPM al RAIS, ordenando el traslado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, debiéndose activar la afiliación por parte de este. Y como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, todas las cotizaciones y rendimientos financieros. Y se condene en costas procesales a las demandadas.

• **HECHOS:**

Frente a los hechos manifestó que nació el 17 de mayo de 1954. Que cuenta con mas de 1.593 semanas. Que comenzó a cotizar a pensiones desde 1984 aportes que se realizaron al régimen de prima media. Que para la entrada de la ley 100 de 1993, contaba con 39 años y 225 semanas cotizadas. Que fue trasladado en el año de 1995 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. por la secretaria de educación en donde se encontraba laborando. Que nunca se le brindó una asesoría. Que en el año de 2002 lo trasladaron a PORVENIR S.A. Que nunca se le informó la posibilidad de regresar al RPM, antes de que le faltaran 10 años para pensionarse. Que solicitó el traslado a COLPENSIONES, el cual fue negado. Y que le elevó solicitudes de información a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., la cual solo contestó PROTECCIÓN S.A.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos manifestó que es cierta la fecha de nacimiento del actor. Que no le consta las semanas cotizadas. Que solo se tiene certeza que el demandante se afilió el 20 de marzo de 1984, lo demás no le consta. Que muchos de los hechos son apreciaciones subjetivas del demandante. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de terceros. Que es cierta la petición de traslado elevada a Colpensiones, la cual fue negada. Se opuso a la mayoría de pretensiones y formuló varias excepciones de fondo.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la edad ni las semanas cotizadas, manifestando que cuenta actualmente con 1.605 semanas. Que el traslado del actor se dio con cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose una debida asesoría. Que no le consta las vinculaciones del actor con un tercero. Y que el fondo privado si le ha brindado continua asesoría e información en relación con las condiciones del régimen acorde a la normatividad vigente. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

En la contestación a la demanda, expuso que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le constan las semanas cotizadas. Que es cierta su afiliación a este fondo de pensiones. Que no es cierto que se haya realizado una estrategia de miedo y desinformación, pues siempre a los afiliados se les brindó las principales diferencias y características entre ambos regímenes. Que el objetivo principal de la visita a las instalaciones donde laboraba el demandante era brindar información frente a ambos regímenes. Que son ciertas las semanas conforme al SIAFP. Y que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de otras administradoras. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 22 de noviembre de 2021, el Juzgado Decimoséptimo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., y su posterior movilidad a ING y PORVENIR S.A.

Como fundamento de su decisión expresó que según la Corte Suprema de Justicia el carácter de la información, implica que sea una información clara, concreta y precisa, y que el afiliado pueda entender que es lo que está haciendo para poder tomar una información libre y voluntaria, aunado a que el formulario de afiliación no acredita el deber de información, pues el formulario de afiliación lo que acredita es que la persona decidió afiliarse más no que se le entregó la información necesaria.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo para el efecto, el capital, sus rendimientos, bono pensional, fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración (administración y seguros) con cargo a sus propios recursos.

De igual manera, **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración (administración y seguros) con cargo a sus propios recursos por el tiempo que estuvo vinculado a su fondo.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a recibir los mencionados dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral del actor, y activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

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

• **APELACIONES:**

✓ PORVENIR S.A.:

Interpuso recurso de apelación manifestando que no se comparte la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia, ya que no existían razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia, pues la afiliación del actor fue de forma espontánea y sin presiones. Que el demandante fue el que faltó al deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, por lo que no puede ser beneficiario de su propia culpa o negligencia en su actuar, y el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Que se debe tener en cuenta que las condiciones del RAIS no son impuestas por el fondo, sino son para adquirir prestaciones dentro del régimen, las cuales se encuentran en la ley 100 de 1993. Que el fondo privado a realizado campañas masivas informando los cambios normativos, como se probó con la prueba documental. Que la condena de trasladar los valores recibidos por la afiliación, también debe ser revocada. Que, en el caso de confirmarse la ineficacia de la afiliación, no debe ser condenado el fondo a devolver los valores recibidos como gastos de administración, aseguradora y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ya que estas sumas tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra regulada por el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Y que todos estos descuentos realizados, han cumplido su cometido y no se encuentran en el patrimonio de porvenir, ya que el dinero fue destinado a cubrir los gastos para la generación de frutos y rendimientos, los cuales se ven reflejados en la cuenta de ahorro del demandante, al igual la cobertura de los seguros previsionales ya se prestó.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Interpone su recurso de apelación parcial, manifestando que no esta de acuerdo de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales, ya que estos valores fueron descontados por mandamiento normativo que dispone la ley 100 de 1993 en su artículo 20, y como contraprestación los afiliados reciben unos rendimientos financieros que solo posee el RAIS y la cobertura de un futuro siniestro de invalidez o muerte, estos últimos que fueron cancelados a un tercero de buena fe, que es la asegurado. Que el fondo privado, realizó una buena administración de los recursos del demandante el cual fue el que generó los rendimientos, y que en caso de trasladarlos se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y el actor, ya que no están destinados a financiar la pensión de vejez. Que el fondo privado tiene derecho a conservar estos valores como restitución mutua en su favor, ya que, si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelva a su estado inicial, no se entiende porque trasladar los rendimientos de un formulario que se declara ineficaz. Que hay que tener en cuenta que el fondo está en imposibilidad de cobrar los seguros provisionales a la aseguradora que nada tuvo que ver en el negocio jurídico, y la cual estuvo activa durante toda la afiliación del demandante. Y que no se puede condenar a devolver estos conceptos con su propio patrimonio, pues sería una indemnización de perjuicios la cual no fue probada en el proceso.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

Presentó alegatos, indicando que se debe aplicar la favorabilidad en caso de duda y aplicación de normas e interpretaciones jurídicas. Que se debe aplicar las sentencia de la Corte Suprema de Justicia por encima que cualquier salvamento de voto emitido por la misma corporación. Que se debe entender la diferencia entre precedente judicial y doctrina probable con base en las sentencia C-621 y C-625 de 2015 de la Corte Constitucional. Que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene una línea jurisprudencial, clara y concreta, en la cual afirma que los traslados horizontales no convalidan el

deber de información. Que se debe tener en cuenta la carga de la prueba y que no se requiere tener el beneficio transicional para que proceda la ineficacia. Y que los fondo privados no probaron que realmente hayan suministrado al momento de traslado, la información del RAIS al demandante.

✓ PORVENIR S.A.:

Expresó en sus alegatos que el fondo privado al momento de realizar el traslado del actor cumplió con su deber de información establecido para la época. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero. Que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014. Que la parte actora ante su incumplimiento del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios no conlleva a que pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar. Que lo referente a la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación del actor debe ser revocada, y en caso de dejarse en firme la ineficacia del traslado, solicita que sea revocada la condena de traslado de los dineros descontados. Que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, deber tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones. Y que se está atentando contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa, debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada.

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 del señor LUIS CARLOS ANZOLA PACHÓN a COLMENA hoy PROTECCIÓN 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; y *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; 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 del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que, el traslado a COLMENA en el año de 1995, fue a raíz de que talento humano los reunió en la Secretaria de Educación y les dijo que la Caja de Previsión Social del Distrito iba a desaparecer, y que por tal motivo les iban hacer un traslado, y sin ningún tipo de asesoría le hicieron entrega de un formulario de traslado, el cual simplemente lo leyó y firmó donde constaba que era el nombre de él y la cédula. Que no recibió ningún asesoría ni ningún acercamiento, el formulario de afiliación fue entregado por talento humano. Que en el tiempo de afiliación a esta entidad nunca tuvo alguna asesoría. Que se trasladó a ING, pero fue porque lo hicieron internamente, el no tomó ninguna decisión, ya que todo fue realizado por gestión humana. Que tampoco fue él que se trasladó a PORVENIR S.A., dicho traslado fue realizado por la misma entidad donde laboraba, presuntamente por la conveniencia entre las entidades. Que el nunca estuvo con ningún asesor cara a cara, como tampoco a través de ningún medio. Que no ha recibido por parte de PORVENIR S.A. asesoría, solo ha recibido a partir de ese año los extractos, y que la historia laboral la sacó por otros medio. Que el bono pensional lo tramitó PORVENIR S.A. por su conveniencia con la institución. Que nunca ha solicitado pensión a PORVENIR S.A. ni ha Colpensiones. Que quiere regresar a COLPENSIONES, porque antes estaba con el ISS, y un compañero le comentó que le podía realizar ese traslado. Que, si conocía la ley 100 de 1993, pero no tenía conocimiento sobre los fondos privados ni los rendimientos que estos generaban. Que no solicitó información en sus traslados porque fue algo interno de la entidad donde laboraba. Que si estuvo en el ISS desde el año 1984 a 1993. Que es médico

docente y actualmente está vinculado con la secretaría de educación como médico escolar y la Universidad el Área Andina. Y actualmente esta cotizando al sistema de pensiones, y no ha recibido pensión.

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 el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. ni PORVENIR S.A., toda vez que, si bien se observa que la demandadas anexaron los documentos visible de folio 50 del PDF 07 y folio 43 del PDF 09 del expediente digital, esto es, los formularios de afiliación, mismos que el 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 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 primer traslado al RAIS del actor fue el 21 de diciembre 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.”*

No pasa por alto esta corporación, que el actor 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 del actor dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, 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.

Se tiene entonces que, **PROTECCIÓN 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 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, la 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 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 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.

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.

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.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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, además de lo ordenado por la juez, y toda vez que está siendo revisado el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta y para garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, tanto **PORVENIR S.A.** como **PROTECCIÓN S.A.**, deberán devolver los **gastos de administración** ya ordenados, que se componen de las cuotas de administración, la prima de reaseguro de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos. Debiéndose en este sentido **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia.

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

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.

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 la juez. En estas son a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por no salir avante 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 **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se condena a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ya ordenado por la juez, la **gastos de administración**, debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: 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	Luis Carlos Anzola Pachón
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-017-2021-00270
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/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 28 de junio de 2021 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 28 de junio de 2021 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO