



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diecinueve de abril de dos mil veintiuno

S19-341

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN.
Demandante:	JUAN CARLOS BUITRAGO BOTERO
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-022-2017-00111-01.
Tema:	ineficacia
Decisión:	CONFIRMA y ADICIONA

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación formulado por las entidades accionadas dentro del proceso de la referencia.

En los términos del poder contentivo en la escritura allegada al plenario, se reconoce personaría a la Dra. SARA LOPERA RENDÓN identificada con cédula de ciudadanía Nro. 1.037.653.235 y portadora de la Tarjeta Profesional Nro. 330.840 del C. S. de la J., para que continúe representando los intereses de Protección S.A., entendiéndose revocado el poder inicialmente otorgado a la Dra. Sara Espinel García.

Igualmente se acepta la renuncia presentada por el apoderado sustituto de Colpensiones, Dr. ALEJANDRO OCHOA PALACIO.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 11** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a Protección S.A. retornar las cotizaciones con los correspondientes rendimientos.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que nació el 23 de octubre de 1962.
- ✓ Que inicialmente estuvo afiliado al ISS y el 23 de septiembre de 1996 se trasladó a Protección S.A. (enlista la información suministrada y aquellos aspectos que nunca le explicó el asesor).
- ✓ Que administrativamente Colpensiones le negó la posibilidad de regresar al régimen de prima media.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvertieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES, la que adujo que únicamente le constaba los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al otrora ISS y la reclamación elevada a través de la cual infructuosamente solicitó su retorno al régimen de prima media por encontrarse a 10 años o menos del requisito de *tiempo* para pensionarse. Posteriormente realizó algunas consideraciones en torno a la validez del traslado, recordando los parámetros señalados por la jurisprudencia para efectos de retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo.

Por su parte PROTECCIÓN S.A., en síntesis, negó el incumplimiento del deber de información, aduciendo que el 23 de septiembre de 1996 el actor suscribió el formulario de traslado como símbolo inequívoco de su consentimiento, de manera libre y voluntaria, al mediar una asesoría clara, completa, necesaria, cierta y veraz sobre las características del RAIS que enlista y sus rasgos diferenciadores con el régimen de prima media, realizándose las respectivas proyecciones pensionales verbales, pese a los elementos que impedían determinarlo con exactitud (salario, beneficiarios, rendimientos, tablas de mortalidad)

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 21 de octubre de 2019, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, además de los valores destinados a cuotas o gastos de administración y el fondo de garantía de pensión mínima, dinero que Colpensiones debía reflejarlo en el historial pensional como tiempo cotizado. Condenó en costas a Protección S.A. a favor del actor, fijando como agencias en derecho el valor equivalente a 2 SMLMV.

Dentro del término concedido por la ley, las entidades accionadas interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, carga que no cumplió Protección S.A., sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, excepto en lo atinente a la devolución de los seguros provisionales, los que a juicio del despacho no era dable retornar, aduciendo que dichos aseguramientos podrían surtir efectos.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. SUSTENTADO POR PROTECCIÓN S.A.

Presenta oposición parcial al fallo, concretamente respecto del numeral segundo en cuanto al retorno de las cuotas de administración, solicitando su revocatoria, arguyendo que durante todo el tiempo que el accionante estuvo afiliado al RAIS, Protección S.A. administró los dineros

depositados en su cuenta, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado posible. Que dicho fondo es experto en la administración de tales recursos propiedad de sus afiliados y que adicionalmente dicha gestión se ha evidenciado en los buenos rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual. Que pese a adoptarse una decisión favorable a los intereses del demandante, el hecho de retornar dichos conceptos a Colpensiones, únicamente sería procedente si el dinero de la cuenta de ahorro individual, que incluye los rendimientos, no hubiesen sido producto de una buena gestión, agregando que por ello se encontraba legalmente facultada para descontar dichas comisiones ya causadas durante su administración, descuento realizados conforme a la ley y cómo contraprestación de una buena gestión, como cualquier entidad financiera.

2.2.2. APELACION PRESENTADA POR COLPENSIONES

Considera que debe adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive, en cuanto a la devolución de las primas atinentes al pago de los seguros de invalidez y sobrevivencia. Considera que debe ordenarse a Protección que traslade a Colpensiones todos los valores, incluyendo los *separados* por el juez de primera instancia, dado que tales conceptos hacen parte de las cotizaciones que se deben efectuar al régimen pensional conforme lo reglado por el art. 20 de la Ley 100 de 1993, y hacían parte no sólo del 3% del aporte mensual, sino además del capital con el que se reconocería las prestaciones económicas del afiliado en el régimen de prima media, lo que sucedería en este caso pues se declaró la ineficacia del traslado y la afiliación al régimen de prima media sin solución de continuidad, argumentos que también avalaba la Corte Suprema de Justicia en sus razonamientos acerca de la ineficacia y sus subyacentes consecuencias jurídicas y prácticas, adicional a que Protección no tenía fundamento para retener dichos conceptos, pues no surtió efectos el aludido traslado, retrotrayéndose las cosas al estado inicial; lo contrario configuraría un enriquecimiento sin causa y en detrimento de Colpensiones y del régimen de prima media, atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema y afectando los intereses del afiliado pues NO se tendrían en cuenta estos valores para el reconocimiento de una eventual prestación económica.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR PROTECCIÓN S.A.

Reiterando lo expuesto en el recurso de alzada, indica que:

Con el debido respeto señores magistrados presento alegatos de conclusión en lo referente a la apelación parcial interpuesta por mi representada en el momento procesal correspondiente, queriendo llamar la atención del Honorable Tribunal en lo concerniente a que no procede en este caso concreto la devolución de la comisión de administración y lo descontado para financiar las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

1. La comisión de administración y la prima de Seguro Previsional es un descuento autorizado en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003) que faculta o autoriza a las AFP para realizar descuento del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados a pensiones.

2. El mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de Administración y para pagar la Prima de Seguro Previsional.

3. Este descuento opera en ambos Regímenes, en el RAIS y en el RPM.

4. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias que ascienden a un total de \$ 394.456.781,93, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada.

5. Con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración y la prima de seguro previsional, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez del demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

6. El artículo 1746 del Código Civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de nulidad

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias:

- ✓ El contrato de afiliación nunca existió.
- ✓ PROTECCION no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual.
- ✓ Los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron.
- ✓ No existió el cobro de una comisión de administración.

Sin embargo, el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

7. Lo mencionado nos permite hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho

laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos en la cuenta de ahorro individual.

La teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la Sentencia con Radicado No. 31989 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, cuando manifestó que *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”*.

8. El Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad y/o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino. En igual sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia considera que tampoco debe trasladarse la prima del seguro previsional, en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

9. Frente a la prima del seguro previsional anteriormente mencionada se debe manifestar que ésta ya fue cancelada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez esta pagara una suma adicional para que financiara las pensiones por dichos conceptos, Inclusive, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación y mi representada está imposibilitada para recobrarlo, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN.

10. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe, cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: *«De todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente por parte de los terceros de buena fe. “...los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado –refiere la doctrina contemporánea– son los terceros de buena fe, los que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente; los que no pudieron advertir un error no reconocible; los que ‘obrando con cuidado y previsión’ se atuvieron a lo que ‘entendieron o pudieron entender’, vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes”*.

11. Se debe tener presente que en caso de condenar a mi representada a asumir de su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato Legal para la comisión de administración y para financiar las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se estaría en presencia de una condena en contra del patrimonio de la entidad la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad profesional con los elementos propios de esta.

12. Además, debe tenerse presente que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la Ley y que no financia directamente la prestación económica por vejez.

2.3.2. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Expresamente indicó que:

Sea lo primero referirse a la ineficacia declarada en la sentencia de primera instancia como consecuencia de la omisión o falta de información de parte del fondo privado, respecto del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A.

Al respecto, las obligaciones de las administradoras establecidas en la reglamentación que dio desarrollo a la ley 100 de 1993, fue específica sobre el contenido de los formularios de afiliación y los traslados, la Ley, dispuso que para que las AFP pudieran válidamente aceptar un traslado bastaba “la comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”. A demás para el momento del traslado del demandante estaba en vigencia el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establecía en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

En tal sentido, las actuaciones del fondo de pensiones deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, no es razonable jurídicamente imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa. Al respecto no se puede olvidar que el artículo 84 de la Constitución Nacional tiene previsto que: “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”. No cabe duda entonces. Contrario a lo dicho por la jurisprudencia vigente, los formularios son la prueba de que los asesores de las AFP cumplieron las obligaciones consagradas en los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Es relevante considerar que el análisis de la ineficacia del traslado, no debe continuar resolviéndose como una tarifa legal, sino que deben analizarse los presupuestos facticos y particulares de cada caso que acusen un conocimiento sobre los elementos diferenciales, beneficios, ventajas y desventajas de cada régimen, en tal sentido se han manifestado los Doctores Rigoberto Echeverri Bueno y Jorge Luis Quiroz Alemán, Magistrados de la Corte Suprema de justicia Sala Laboral, en aclaraciones de voto sobre casos similares al que hoy nos ocupa, en diversas decisiones de esta corporación como se puede observar en la de radicación SL1689 de 2019, SL3464 de 2019 y SL1452 del mismo año. De esta última se extraen respectivamente las siguientes consideraciones:

El Doctor Echeverri Bueno propone: “la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática e inconsulta, sino que depende de las falencias en la información o la inexistencia del consentimiento informado hubieran producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, como cuando pierde el régimen de transición sin ser advertido de ello o cuando se compromete ostensible e inconscientemente el nacimiento del derecho pensional mismo...”.

Y continúa diciendo “...Existen otros eventos en los que no es posible visualizar perjuicios inmediatamente derivados de la decisión del traslado, de manera que las presuntas falencias en la información no producen un efecto cierto o por lo menos determinable en ese momento. Ante tales supuestos, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó y puede verse beneficiado o perjudicado, en función de factores como su fluctuación en el mercado de trabajo, la evolución de sus salarios y otros variables que bien le pueden acarrear mayores o menores réditos, respecto de las prestaciones que hubiera podido conseguir en otro régimen... En otras

palabras, los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de su traslado simplemente porque, pasado el tiempo, su plan de pensión no resulto acorde con sus aspiraciones.”

A su vez, el Magistrado Quiroz Alemán, refiriéndose a la decisión de escogencia del régimen por parte del afiliado y el deber de información por las AFPS privadas, establece que: “el acto de traslado, si bien impone un deber de información suficiente de parte de las administradoras, ello, per se, no exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependerán sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco lo sustraen de la aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia...”.

Así las cosas, del análisis de la información suministrada por la AFP sobre el alcance de la asesoría que brindó al momento de la afiliación y del formulario de afiliación que firmó el hoy demandante puede inferirse razonable que existían suficientes elementos de juicio y explicativos sobre los elementos constitutivos del régimen de ahorro individual.

Además, en el interrogatorio rendido por el demandante, este es determinante respecto de circunstancias cruciales para reafirmar que no existió tal falta de información o falta de consentimiento que de origen a la ineficacia, puesto que explícitamente confesó que firmó el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y sin presiones, que le explicaron los elementos básicos y las características principales del régimen de ahorro individual con solidaridad, que el acompañamiento de (sic) Porvenir fue continuado y constante, que reconoce varias figuras propias de este régimen y que su interés actual de traslado es motivado en un interés netamente económico en relación con la mesada pensional que recibiría.

De otro lado, es importante referirse a la condena de aceptar la vinculación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, puesto que en los casos de ineficacia o nulidad del acto de traslado entre regímenes por engaño o falta de información en que incurrió la Administradora de Pensiones Privada, en referencia a su declaratoria y los efectos jurídicos de su declaratoria, se está cargando consecuencias finales a la administradora del régimen de prima media, en este caso Colpensiones, respecto de situaciones ajenas a su responsabilidad o actuar, puesto que en dicho acto solo actuaron el afiliado, hoy demandante, y la administradora del régimen de ahorro individual.

Como se indicó, las consecuencias de la omisión de las partes inmersas en el acto jurídico que se trasladan a Colpensiones, imponen y suponen, una carga económica por un daño antijurídico o un perjuicio que otro causó y frente al cual no tuvo ninguna posibilidad de evitarlo. Así la condena de recibir al afiliado en el RPM, sin solución de continuidad, ordenando recibir los valores trasladados de la RAIS, es una condena que vulnera el sistema de libre competencia entre los dos regímenes, implementado por la Ley 100 de 1993, y un peso tal que permite desconocer la obligación constitucional de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y en especial del Régimen de Prima Medía; defraudando los intereses de las personas que legítimamente lo han conformado con sus aportes.

Ahora, si bien las consecuencias finales de las omisiones presentadas en el acto de traslado o que lo generaron, no deberían ser soportadas por Colpensiones, lo mismo ocurre respecto del afiliado, puesto que son las administradoras privadas del RAIS, quienes responden a la posibilidad de promocionar el sistema que administran y quienes tienen la obligación de otorgar la información clara, precisa y adecuada que genere un consentimiento informado para el afiliado. Así que trasladar las consecuencias de la omisiones de las administradoras del RAIS a Colpensiones o al afiliado, es inaplicar el artículo 10 del decreto 720 de 1994, que es la norma que determina la verdadera sanción para las administradoras por los errores u omisiones - en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad, y que no es otra que comprometer de manera directa su responsabilidad en el resarcimiento, claro está, del perjuicio causado.

En último lugar, en caso de que la sala decida confirmar la ineficacia del acto de traslado efectuado por el demandante y su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, es importante solicitar que se establezca que debe devolverse a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo esto las cuotas de administración, el aporte para garantía de pensión mínima, los aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, y los seguros de invalidez o sobrevivencia y en tal sentido, ordenar a la administradora trasladar a Colpensiones estos valores con ocasión de la ineficacia declarada.

Lo anterior fundamentado en que la declaratoria de ineficacia como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia implica que, desde el nacimiento del acto jurídico, el mismo no tiene efectos jurídicos o de ningún tipo, es como si nunca hubiera existido, este concepto puede verse en la Sentencia 1689-2019, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas, radicación 65791, de 8 de mayo de 2019. De igual forma en la Sentencia 1421-2019 de la misma corporación, donde se señalan las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia, que “debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones...”.

Esto deriva en que el fondo de pensiones privado no tiene sustento legal, financiero o factivo para retener valores deducidos por cuotas de administración, garantía de pensión mínima, la prima aportada para Fogafin y los seguros de invalidez o sobrevivencia, pues si la ineficacia declarada, como se mencionó, implica que no se pueden otorgar efectos jurídicos a este acto de traslado y deben retrotraerse las cosas al estado inicial, no devolver los dineros cobrados, implicaría un acto de enriquecimiento sin causa, generador por más de un detrimento financiero de Colpensiones como administradora del régimen de prima media, vulnerando la sostenibilidad financiera del sistema y afectando los intereses del afiliado pues no se tendrían en cuenta estos valores para las prestaciones económicas que eventualmente se reconozcan.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Atendiendo la inconformidad planteada en el recurso de alzada, parecería que el único problema jurídico a resolver sería determinar que haberes le corresponde retornar a Protección S.A.

No obstante lo anterior, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

Es por ello que también se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

Valga aclarar además que NO se analizaran diversos puntos planteados por Protección S.A. en los alegatos presentados en esta instancia, al no haber sido tocados expresamente en el recurso de alzada, entre ellos la imprescriptibilidad o no de los aportes a retornar.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado.*** (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.* (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia.

Así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado

		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte del afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época de traslado al RAIS, concretamente 23 de septiembre de 1996 cuando suscribió el formulario para vincularse a Protección S.A. (fl. 141), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de

otro lado, que ningún conocimiento tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado únicamente por la supresión del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración, como en efecto sucedió en este caso.

Expresamente el señor Juan Carlos Buitrago Botero en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniero civil, que actualmente trabaja con la Gobernación de Antioquia en la Secretaría de Minas en temas ambientales. Respecto del traslado a Protección rememora que para entonces laboraba en la Universidad de Medellín en la decanatura de Ingeniería Ambiental, que le dijeron que el Seguro se iba a acabar, sólo le contaron cosas maravillosas, entre ellas que se podía jubilar *el día y hora que definiera*, pero no le explicaron qué circunstancias debía cumplir para ello. Que la asesoría fue a través de la misma universidad, pero no recuerda el momento exacto en que firmó, o que se hubiese sentado con algún asesor. Que fue una decisión voluntaria, su firma no fue coaccionada, tampoco siente que hubiese sido presionado por su empleador. Siente que fue como un proceso de venta, se encontraba recién casado y con dos hijos pequeños, por lo que quería un seguro para su familia. Que no se acercó al ISS a corroborar información. Que el ejercicio de la firma era un proceso racional, pero detrás de ello están los argumentos, tenía que pensar en su familia porque se iba a acabar el Seguro Social. Que ha recibido extractos, pero todo es a través de su *señora* quien le maneja los negocios, pero sí sabe que llegan a su correo electrónico. Que NO se ha acercado a Protección para efectos de corroborar su situación pensional. Que no recuerda que le hubiesen hablado de cotizaciones voluntarias para el momento del traslado, pero en su familia lo hacen pensando en el futuro, porque tiene entendido que al momento de pensionarse le entregan unos recursos, es como un ahorro al abrir una cuenta. Que no le hablaron de la posibilidad de retornar al régimen de prima media cada cierto tiempo. Que no acostumbra a firmar sin leer. Que actualmente no tiene claro las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que es más la información que ha entendido a lo largo de los años, percatándose además que el Seguro finalmente no se acabó por lo que puede retornar para tener unas condiciones mejores, siempre pensando en su familia, en su seguridad y la posibilidad de generar mejores recursos para ellos. Que no le mencionaron en el momento del traslado cómo se manejarían los recursos, ni la existencia de la devolución de saldos, sólo al acercarse a la fecha de pensión es que viene a entender esto. Que sí le explicaron que sus cotizaciones pasarían a Protección, pero no le indicaron cómo.

Destáquese que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación completa por parte de un asesor.

En tal contexto, en gracia de discusión, si bien lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever una somera información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que, contrario a los planteamientos expuestos por Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera rememora haber recibido una información por parte de algún asesor, mucho menos aceptó haber sido informado acerca de asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no la afiliada por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionado y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que en todo caso NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría y por lo menos que comprendiera que el monto de su mesada estaba ligado al ahorro que efectuara a lo largo de su vida laboral.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echa de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión que en este punto es consultada.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES **todos** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se ADICIONARÁ la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Protección devolver los recursos de la cuenta de ahorro individual, que incluye los rendimientos, más la totalidad de los ítems que componen los gastos de administración, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

Empero, esto no quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye

un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

Conforme los razonamientos que preceden, y pese a los juicios argumentos que en este punto ventila Protección S.A. en los alegatos presentados ante esta instancia, no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta el concepto que cita de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que el mismo no resulta vinculante, efecto que se extiende respecto del salvamento de voto que menciona para cimentar su descontento en este punto.

En consecuencia la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, adicionándola en el aspecto antes aludido.

Se condenará en costas en esta instancia a Protección S.A. por no haber tenido éxito en el recurso, fijándose como agencias en derecho la suma de \$908.526 a favor del accionante.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JUAN CARLOS BUITRAGO BOTERO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.623.425 contra **PROTECCION S.A y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **ADICIONA** el numeral segundo del fallo bajo el entendido que la administradora del RAIS accionada trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante**, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del


porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: costas en esta instancia a cargo Protección S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$908.526 a favor del accionante.


Lo anterior se notificará en **ESTADOS**, y se firma por quienes en ella intervinieron.

(Firmas escaneadas)

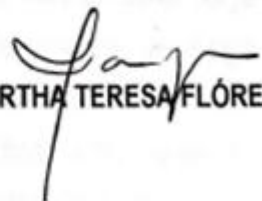
Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

CERTIFICO: Que la providencia anterior fue notificada por ESTADOS No. 065 fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8 a.m.

Medellín 20 de ABRIL DE 2021

Secretario

CONSULTABLE EN: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>