

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	Sandra Luz Henao Oquendo
DEMANDADOS	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 019 Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>019 2019 00582 01</b>
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 082 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca parcialmente para incluir en restituciones los gastos de administración completos

En la fecha, **veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza, y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, y grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Sandra Luz Henao Oquendo**, radicado único nacional 05001 3105 **019 2019 00582 01**.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura,

procede a emitir sentencia, según proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, acta Nro. **0013** que se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Las pretensiones de la demandante se orientan a obtener la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS, condenándose a la AFP Protección S.A. a restituir todos los aportes realizados al RPMPD administrado por Colpensiones, esto es saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos indexados; se ordene a Colpensiones aceptar el regreso de la actora al RPMPD y a recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual. Pide condena en costas para las accionadas.

En sustento de ello afirma que, nació el 8 de abril de 1964, estuvo afiliada al RPMPMD antes ISS hoy Colpensiones, y ante una indebida asesoría, el 1º de septiembre de 1998 se trasladó al RAIS AFP Protección S.A., donde actualmente se encuentra; que en esa ocasión un asesor de esta sociedad se presentó al CES, sede Prado, y brindó una asesoría grupal, prodigándole las grandes bondades del RAIS y los beneficios que traía su traslado, sin hacérsele estudio particular, ni explicarle en forma detallada las diferencias entre uno y otro régimen, ni mencionar el capital que debía reunir en su cuenta de ahorro individual y menos el valor de la mesada en el RAIS. Que el 05 de abril de 2011 una asesora de Protección se presentó a la Clínica CES, lugar donde labora y la requirió en forma urgente, siendo llamada a la sala de quirófanos, preguntándole si se quería trasladar, momento en que no pudo decidir por encontrarse en una cirugía compleja, dándose la charla en un corredor de la clínica. Que los promotores de la AFP no le brindaron ni en la antesala de la afiliación, ni durante la misma, información adecuada, suficiente, clara, comprensible, oportuna y cierta para su traslado, objetivándole ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo que no le permitió dimensionar la

trascendencia de su decisión en un tema tan neurálgico y sensible como la seguridad social de rango fundamental. Que el 14 de mayo de 2019, a través de su apoderada, radicó ante Protección S.A. derecho de petición, solicitando certificación del saldo en la cuenta de ahorro individual, número de semanas cotizadas, simulador de pensión de vejez, copia del estudio realizado sobre su situación pensional y consecuencias del traslado, acompañamiento y asesorías efectuadas, entre otros, emitiéndose respuesta el 02 de julio siguiente, expidiéndosele historia laboral para visualizar semanas y saldos, indicándole no ser posible aportar estudio previo al traslado por no contarse con dicha documentación, se le expidió también documento de reasesoría, formulario de afiliación y expediente administrativo; se le proyectó a las 57 años mesada por \$894.551 y en Colpensiones a la misma edad sería de \$1.760.979, apreciándose una diferencia desproporcional que afecta su mínimo vital. El 15 de agosto de 2019 radico formulario de afiliación al RPMPD, emitiéndose en la misma fecha respuesta negativa por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión; idéntica petición realizó a la AFP también con respuesta negativa por no cumplirse los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

En auto del 11 de octubre de 2019 **se admitió** y ordenó dar trámite a la acción; debidamente enteradas de tal actuación las entidades convocadas al trámite allegaron escritos de contestación así:

**Colpensiones**, admite como ciertas la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al régimen pensional en esa entidad, el traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A., el derecho de petición formulado a esta entidad, la respuesta emitida, la proyección de la mesada, la solicitud de retorno al RPMPD radicada ante Colpensiones y ante la AFP y las respuestas emitidas, los demás supuestos no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las

**excepciones** de falta de causa para demandar, buena fe, imposibilidad de que Colpensiones decrete la ineficacia del traslado, improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, imposibilidad de condena en costas, equilibrio financiero del sistema, prescripción, compensación y la genérica.

La **AFP Protección S.A.**, admite la fecha de nacimiento de la demandante, no le consta la afiliación al RPMPD ni el tiempo cotizado, por ser una entidad diferente, pero así se observa de resumen de historia laboral emitido por la OBP. Es cierto que suscribió formulario de afiliación a Protección el 01 de septiembre de 1998, *posterior a una asesoría integral y oportuna respecto al Sistema general de pensiones y detalladamente en el Régimen de Ahorro Individual RAIS. NO ES CIETO que el traslado de régimen de la demandante con destino a PROTECCION se hubiera dado por una indebida asesoría, toda vez que al momento de la solicitud se le brindo por parte de mi representada una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, como lo son: **la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual** donde se depositan mes a mes sus **aportes pensionales** ganando **rentabilidad financiera** de acuerdo con el **comportamiento del mercado** y el **perfil de riesgo** de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión, así mismo se le explicó que este **capital es de su propiedad** y por esa razón este valor **puede heredarse** a falta de beneficiarios, también se le informó sobre la figura de la **garantía de pensión mínima** y la **devolución de saldos**, la posibilidad de realizar **aportes voluntarios** y de **pensionarse en forma anticipada**, siempre y cuando se cuente con un capital que permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año 1.993, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, igualmente se le indicaron a la demandante todas las diferencias que existen entre ambos regímenes señalando con total claridad que ambos son EXCLUYENTES y traen sus propias implicaciones o efectos para cada persona, y luego de recibir tal ilustración decidió afiliarse, encontrándose activa en esa administradora. Es cierto que con la Ley 100 se creó el RAIS y dentro de él las AFP, realizándose asesorías individuales y grupales en las que se impartían a los trabajadores los suficientes*

conocimientos del sistema y regímenes vigentes, pero no es cierto que le hubieran informado simplemente las *grandes bondades* del RAIS, *toda vez que al momento de la asesoría se le instruyó sobre todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características del RPMP y del RAIS*, NO es cierto que se le hubiera manifestado que era lo mismo estar vinculada a PROTECCIÓN que al ISS, siendo una de las condiciones propias del RAIS la posibilidad de heredar el saldo de la cuenta de ahorro individual en caso de muerte del afiliado y a falta de beneficiarios; tampoco es cierto que se le dijera a la demandante que el ISS se iba a acabar, pues era una idea generalizada en la sociedad. Lo manifestado en el hecho cuarto NO ES CIERTO, *los asesores de PROTECCIÓN S.A. siempre realizan un estudio previo y particular sobre el caso concreto de cada potencial afiliado y su situación jurídica*, tampoco es cierto que no se le haya dicho el saldo que debía acreditar en la cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez, *pues se le explicó que debía contar con un capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año 1993*, NO es cierto que la administradora haya faltado a su deber de información y buen consejo. Es cierto el derecho de petición formulado, la respuesta emitida, la proyección de mesada, la solicitud de retorno al RPMPD y las respuestas frente a ello. Los demás supuestos no son ciertos. Se opuso a las pretensiones que involucran a la sociedad y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por afectar a terceros de buena fe y la innominada o genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado 19 laboral del Circuito, en la que declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, materializado a través de la AFP Protección S.A, y

en consecuencia, que para efectos pensionales siempre ha estado afiliada al RPMPMD, ordenando a COLPENSIONES aceptar su regreso o vinculación, y a la AFP Protección S.A., trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, como lo consagra el artículo 1746 del C.C., **sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales**, con destino a COLPENSOINES, debiendo esta entidad recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral. Impuso condena en costas a la AFP Protección S.A. fijando el monto de las agencias en derecho y ordenó consulta a favor de Colpensiones.

El juzgador de primer grado, luego de hacer referencia a los puntos decantados por la jurisprudencia especializada sobre el tema y al contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, determinó que al no haberse acreditado probatoriamente por Protección S.A., que cumplió con el deber de información que le asistía, el acto de traslado no puede considerarse precedido de una real manifestación de voluntad, siendo entonces ineficaz y de esta manera, se entiende que la demandante permanece afiliada al RPMPD y le corresponde a COLPENSEIONS aceptar el regreso o la vinculación, ordenando las restituciones económicas y consecuencias indicadas en párrafo precedente.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por los apoderados de las demandadas así:

**AFP Protección S.A.**, de manera parcial, en lo que tiene que ver con la orden de traslado de comisiones de administración, porque estas y los seguros previsionales son descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 7 de la Ley 797 de 2003, que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de

los aportes efectuados por los afiliados. El mencionado descuento se usa para cubrir gastos de administración y para pagar las primas del seguro previsional y opera en ambos regímenes. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con el que se demuestran las ganancias obtenidas y la debida administración; con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisiones de administración, se constituye en enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, y adicionalmente se trasladan los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena administración realizada por Protección, por lo que tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para trasladarla a Colpensiones. Seguidamente lee el contenido del artículo 1746 del Código Civil, para concluir que si la consecuencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido debe considerarse entonces, que el contrato de afiliación nunca existió, Protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual. Los rendimientos no se causaron y no existió cobro de comisión; sin embargo, el art. 1746 habla de restituciones mutuas, intereses frutos y mejoras, debiendo entenderse que aunque se declare la ineficacia y se haga la ficción que nunca existió contrato de afiliación, no se pueden desconocer los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, por lo que insiste, en que el fondo tiene derecho a conservar tal comisión, máxime cuando el Decreto 2555 de 2010 señala que manejo de recursos por parte de las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera, entidad que en concepto del 17 de enero de 2020 indico que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación art. 7º Decreto 3995 de 2008, que establece el traslado de los recursos

de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, y porcentaje correspondiente al fondo de garantía pensión mínima. Resalta que el cobro del 3% está destinado a la comisión de administración y a financiar las primas de seguro previsional y frente a tales valores opera el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. T. y de la S.S., esto es, tres años.

**Colpensiones**, solicita revocar la decisión porque el impacto monetario que acarrea el traslado de régimen no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia de los negocios jurídicos, la disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema no es habilitante para que prospere la demanda de nulidad o ineficacia. La carga de la prueba no se puede trasladar de manera absoluta a los fondos de pensiones, al ser el formulario de afiliación negocio jurídico que involucra el consentimiento de dos voluntades, no se debe admitir que los afiliados presenten una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero. No es admisible que frente a un derecho tan trascendental como la pensión solo hasta 10 años o más se pretenda información al respecto cuando siempre ha estado habilitada de manera simple y real, como extracto de aportes y de manera técnica o profesional como es la misma norma. En caso de confirmarse la decisión solicita se modifique para ordenar a Protección trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones realizadas por la demandante, sin descuento alguno, y además de los aportes, rendimientos, cuotas de reaseguro, se traslade el valor el valor de todos los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, ello si se tiene en cuenta que la sentencia que sirve de base para la ineficacia como es la 31989 de 2008 **ordenó** a los fondos de pensiones privados, incluso con cargo a su propio patrimonio, la devolución de la totalidad de la cotización y descuentos, y la jurisprudencia Corte Constitucional y la Suprema han sido vehementes en ordenar devolución total, porque frente a las personas que se trasladan

del RAIS ad portas de pensionarse se debe preservar el equilibrio financiero.

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso el apoderado de **Colpensiones**, indicando que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante RAIS debió valorarse bajo la normatividad vigente a la fecha de suscripción de formulario, pues no es razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico, sin que sea admisible la descalificación del formulario como prueba de la voluntad libre de vinculación, gozando la misma de plena validez, pues al momento de la realización acepto las condiciones, demostrándose ahora solo inconformidad con el monto de la mesada pensional alegando una supuesta falta de información, implicando el retorno de las personas próximas a pensionarse una desfinanciación del régimen público, encontrándose además la demandante dentro de la restricción de los 10 años prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que solicita revocar la decisión de primer grado.

En orden a decidir, basten las siguientes,

### **Consideraciones:**

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y consecuente con ello, su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las restituciones económicas por parte de la AFP Protección S.A. y los conceptos que estas comprenden.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994 y la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por los actos de relacionamiento o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, arts. 1604 del C. C. y 167 del C. G. del P., la que por demás se juzga al momento del acto inicial, por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021),

tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Sin que sea suficiente la firma de un formulario con leyenda pre impresa, que a lo sumo demuestra un consentimiento pero no que sea informado, tal como se ha explicado insistentemente por la jurisprudencia especializada, ver entre otras sentencia SL373-2021, en la que indica:

*En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas*

públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

*En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).*

*En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario.*

*En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba.*

*En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.*

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno. Subrayado fuera del texto.

Brillando por su ausencia medio de convicción sobre la completa y detallada información que se afirma al dar respuesta a los hechos de la demanda, por lo que acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** dispuesta por la primera instancia, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad, explicándose por la jurisprudencia especializada que en estos casos:

*... 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).*

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

*Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*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.*

Y en relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima dijo:

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

***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 concluye la Corte:

***Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

Y en sentencia SL 081 de 2021, se reitera:

*Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también aparece que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías... deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones... tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, y bajo el entendido que la consecuencia es la ineficacia del traslado, en la que se dijo:*

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad.31989, reiterada en varias oportunidades, adocrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"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.

*Bajo la misma línea, en decisión CSJ SL1688-2019, se manifestó:*

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (fl. 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Concluyendo:

*se impone adicionar el numeral quinto de la misma decisión, con el fin de precisar que, además del capital ahorrado por la accionante, junto con los intereses y rendimientos producidos sobre el mismo, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se encuentra en la obligación de trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones ... los valores correspondientes a los gastos de administración, los cuales, según se expuso en precedencia, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

Acogiéndose por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente que en línea mayoritaria sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, no tienen prosperidad las consideraciones del fallador de primer grado y de la apoderada de la AFP Protección S.A., tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a *gastos de administración y seguros previsionales*, debiéndose tener en cuenta además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P. en concordancia con la sentencia C 621-2015 y el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en que se exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

*... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).*

siendo evidente que en este asunto no se satisfacen tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya decididos por la alta corporación es total frente al que aquí se estudia, sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, razón por la que **se revoca parcialmente y adiciona el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, para ordenar a la AFP Protección S.A., trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de 30 días,** posteriores a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de los aportes efectuados por la demandante

durante la vigencia de su vinculación al RAIS, con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima).

Vale aclarar que en este caso no se está autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la vinculación y movilidad entre administradoras del RAIS, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.****

Al estar en discusión la eficacia del acto jurídico de traslado, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo

1750 del Código Civil, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «*de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles*», razón por la cual «*el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional*», al ser «*es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social*», que redundando en «*un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional*» no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo y en tales condiciones tampoco se ven afectadas por el fenómeno extintivo las restituciones económicas.

**Costas** en esta instancia a cargo de la **AFP Protección S.A.** a quien se desata adversamente el recurso, y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526,00.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca parcialmente y adiciona la sentencia revisada por apelación y consulta**, proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Sandra Luz Henao Oquendo** en contra de la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, así:

El **numeral 3º de la parte resolutive** para para indicar que la **AFP Protección S.A., debe restituir a COLPENSIONES, dentro del término de 30 días**, posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante la vigencia de su vinculación, con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las

primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima). **En lo demás confirma la providencia revisada.**

**Costas** en esta instancia a cargo de la **AFP Protección S.A.** a quien se desata adversamente el recurso, y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526,00.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P., en concordancia con el Decreto 806 de 2020.

**Los magistrados** (firmas escaneadas)

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado

**Certifico:** Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 070** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **27 de abril de 2021.**

\_\_\_\_\_  
Secretario