

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	María Mónica Echeverri Velásquez
DEMANDADO	AFPs Porvenir S.A., Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 005 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 005 2020 00002 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 94 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona

Hoy, **veintisiete (27) de mayo 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 a los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las **AFPs Porvenir S.A. y Protección S.A.** y grado jurisdiccional de **consulta** en favor de **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **María Mónica Echeverri Velásquez**, radicado único nacional 05001 3105 **005 2020 00002** 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 del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto

discutido y aprobado virtualmente como consta en acta N° 16, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Para lo que interesa a esta instancia se tiene que la demandante pretende la declaratoria de ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A., con posterior movilidad a Porvenir S.A., y como consecuencia, que las cosas vuelvan al estado inicial, condenándose a la última sociedad a devolver al régimen público los aportes realizados, debiendo Colpensiones recibir los mismos, aceptarla como su afiliada y validar las cotizaciones. Pide también condena en costas.

En sustento de ello afirma que nació el 1º de noviembre de 1960, se afilió al ISS hoy Colpensiones en octubre de 1991 y a partir de 1995 hasta la fecha al RAIS, inicialmente AFP Colmena hoy Protección S.A. y luego se cambió a PORVENIR S.A.. Agrega que al momento de suscribir el formulario de afiliación el fondo privado la asesoró de manera superficial, deficiente y vacilante, sin que se le pusieran en una balanza ventajas y desventajas de ambos regímenes, haciéndole creer que en el fondo privado se podía obtener una pensión de vejez más ventajosa, más rápido, sin tener en cuenta la edad, con una mesada más alta, sin efectuarle las proyecciones aritméticas. Nunca se le informó la ventaja que trajo la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 del mismo año, y tampoco se le dio reasesoría antes de entrar en el límite de 10 años para el tránsito entre regímenes. Al cumplir 57 años acudió a Porvenir proyectándosele mesada de \$828.116, y en el RPMPMD \$2.699.800 con un IBL de \$4.285.514. Antes de promover esta acción

pidió a Colpensiones le permitiera el retorno, negado por encontrarse a menos de 10 años para la edad pensional.

En auto del **16 de enero de 2020** se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, las demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, admite la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de retorno a esa entidad, la respuesta negativa y con ello el agotamiento de la reclamación administrativa. Los demás supuestos no le constan o no son hechos. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración, compensación, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

La **AFP Protección S.A.**, acepta como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, no le consta de manera directa la afiliación al régimen de prima media por estarse ante una administradora con la que no tiene injerencia, no encontrándose actualmente vinculada a Protección, por lo que deberá probarlo. Es cierto el traslado a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 25 de agosto de 1995, no le consta lo relacionado con la vinculación a la AFP Porvenir S.A.. Desmiente la falta de información, explicando que *al momento de la solicitud de traslado de la demandante se le brindó 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% del salario mínimo legal mensual vigente al año 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, por lo que después de recibir una ilustración honesta y transparente decidió afiliarse libre de todo error, en forma consciente e informada. Insiste en que la actora fue informada de manera OBJETIVA e INTEGRAL sobre todas las características del Régimen de Ahorro Individual en comparación con el Régimen de Prima Media, señalándole las siguientes diferencias o aspectos comparativos entre uno y otro: cuenta de ahorro individual vs. fondo común...; capital acumulado vs. Requisito de edad y semanas de cotización...; garantía de pensión mínima en el RAIS...; devolución de saldos vs. Indemnización sustitutiva; los demás supuestos no son ciertos o no le constan. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y los porcentajes aplicados a seguros previsionales por falta de causa y porque afecta terceros de buena fe, agregando que Protección trasladó todos los aportes de la demandante a su actual administradora.*

La **AFP Porvenir S.A.**, frente a los hechos manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, tampoco su afiliación al Iss hoy Colpensiones. En relación con la vinculación a esa sociedad se atiene al formulario suscrito en el año 2000, en el que se evidencia la libre escogencia del RAIS, *después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y*

funcionamiento del mismo, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, suscribiendo el formulario de manera voluntaria, el cual contiene la declaración a que se refiere el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C G. del P.. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones que la comprometen y formuló las **excepciones** de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, en la que declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, por falta de consentimiento informado, que derivó en error al momento de afiliarse a la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. y su posterior movilidad a la AFP Porvenir S.A.; declaró que la afiliación de la señora Echeverri Velásquez al régimen de prima media no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en que ha estado activamente vinculada al sistema general de pensiones. Condenó a **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos financieros e intereses y cuotas de administración que sobre los mismos se hubieren causado, valor de pólizas previsionales y los valores descontados para el fondo de la garantía de pensión mínima, y fondo de solidaridad; y además los dineros que PROTECCION S.A. le devuelva por estos mismos conceptos y por el tiempo que estuvo allí afiliada; CONDENO a COLPENSIONES a recibir los aportes que la AFP Porvenir devuelva y a tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante al RAIS como semanas que deberán reflejarse en su historia laboral; declaró la improsperidad de los medios

exceptivos propuestos por las accionadas, gravó con condena en costas a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., fijando el monto de las agencias en derecho a favor de la demandante, y finalmente, dispuso el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

Argumentó el fallador que el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS adolece de ineficacia por no habersele entregado información oportuna, clara y veraz sobre los efectos que le acarrearía tal acto y por consiguiente, que su vinculación al régimen de prima media administrado por Colpensiones no ha tenido solución de continuidad, disponiendo las restituciones referidas en el párrafo anterior, ello con fundamento en la regulación legal sobre el tema y las subreglas decantadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia.

Recurso de apelación, fue oportunamente interpuesto por las codemandadas así:

AFP Porvenir S.A., se aparta del fallo toda vez que los formularios de afiliación suscritos por la demandante son documentos públicos que se presumen auténticos de acuerdo con lo previsto en los artículos 243 y 244 del C.G. del P. y contienen las declaraciones de que trata el art. 114 de Ley 100 de 1993, esto es selección de régimen libre, voluntaria y sin presiones, documentos que no fueron desconocidos ni tachados de falsos por lo que no es posible restarles valor probatorio.

Para la recurrente la inferencia de no haberse allegado prueba de la información completa suministrada a la demandante no se ajusta a la realidad procesal porque la AFP cumplió con la carga impuesta, pese a la inversión de la misma, pues aportó los documentos en su poder, los

que dan cuenta de una decisión libre e informada, realizando traslados horizontales entre administradoras del RAIS y permitiendo los descuentos para los fondos privados, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto conducen con certeza a concluir en su intención de pertenecer al régimen privado, sin que sea jurídicamente posible imponer a la administradora cargas diferentes a las previstas en las leyes existentes para el momento de la afiliación, pues ello conllevaría violación del debido proceso y confianza legítima, al ser claro que cuando se celebró el acto jurídico era capaz, y el acto tenía objeto y causa lícita y ahora por fuente de la interpretación se desconocen normas del Estado Social de Derecho, como su validez y eficacia.

En el hipotético caso de considerarse que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que el art. 113 literal b) ley 100 de 1993 menciona cuales dineros se deben trasladar por el cambio régimen, saldo de la cuenta de ahorro individual y rendimientos, lo que impide que legalmente se puedan restituir sumas diferentes, toda vez que ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de vejez, por lo que condenar a valores adicionales se constituiría en enriquecimiento sin causa a favor de un tercero como lo es Colpensiones, siendo claro que los gastos de administración no corresponden a valores pertenecientes a los afiliados en ninguno de los regímenes, porque no financian la pensión de vejez y no hacen parte integrante de ella, razón de peso para aplicarles el término de prescripción previsto en los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. T. y de la S.S. y así debe declararse. Pide revocar el fallo en su totalidad y proferir decisión absolutoria.

La **AFP Protección S.A.** manifiesta inconformidad parcial, únicamente respecto a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de

administración y lo descontado por seguro previsional, por corresponder a descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, operando en ambos regímenes, descuentos realizados en su momento y los cuales ya fueron destinados a cumplir su función de conformidad con la mencionada norma, por lo que se debe hablar de prestaciones acaecidas como se explica en sentencia SL31989 de 2008, de la que cita aparte que considera ilustrativo, agregando que frente al cobro del 3% destinado a comisión de administración y primas de seguros de invalidez y sobrevivientes opera la prescripción, por ser concepto de tracto sucesivo que no financia la prestación económica por vejez, aunado a que el art. 113 Ley 100 de 1993 no dispone que el traslado de régimen comprenda la devolución de sumas percibidas por gastos de administración. Solicita revocar parcialmente la decisión, ordenando solo devolución cuenta la ahorro individual, rendimientos financieros y porcentaje para garantía de pensión mínima.

En favor de Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 del C. P. T. y de la S.S.

De la oportunidad para presentar alegatos ante esta instancia, hizo uso la **apoderada de Colpensiones**, para advertir que la demandante se encuentra dentro de la restricción prevista por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto es, a menos de 10 años de la edad pensional, por lo que no es posible el tránsito entre regímenes, a lo que se suma la no demostración del error, fuerza o dolo invocados como vicios del consentimiento al momento de la vinculación al RAIS. Agrega que el desconocimiento de la ley no excluye de responsabilidad y no se logró probar la existencia de engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado, razones por las que solicita la revocatoria de la decisión,

y en el evento de acogerse la teoría de la ineficacia, pide ordenar la restitución de todos los valores recibidos por la AFP debidamente indexados.

El apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, argumenta que en este asunto no se probó ninguna de las causales previstas en artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1598 de la misma obra, y si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. del C.C., por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes preceptos para resolver un asunto en concreto; y finalmente el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, sin que NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, **SE ALEGARAN NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, descartándose la existencia de causal de nulidad del acto jurídico. Agrega que la AFP le garantizó a la demandante el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, realizándose el cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, brindándosele una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación, el cual se presume auténtico, allegando esa administradora las pruebas en su poder, sin que se le puedan imponer cargas distintas a las previstas en las leyes pre existentes al momento de la afiliación. Alude luego a los actos de relacionamiento de la afiliada con la AFP con los que considera

ratificada su voluntad de permanencia en el RAIS, e indica que no se puede equiparar la ineficacia a la nulidad absoluta.

Y en el hipotético caso de mantenerse la decisión, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación de la afiliada, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A., como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración y las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza, fundamentándose para ello en concepto del 17 de enero de 2020 expedido por la Superintendencia Financiera, además de ser valores que no le pertenecen al afiliado pues no financian la pensión de vejez, por lo que frente a estos aplica el fenómeno extintivo de la prescripción.

Cita aparte del salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del año en curso (sic) y solicita analizar las circunstancias particulares de este proceso que, a su juicio, exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que la AFP cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual reitera se trata de un documento público que se

presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora en su interrogatorio y a los diferentes actos ejecutados durante el tiempo de permanencia en el RAIS, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, peticionando revocar la decisión y en su lugar absolver a la AFP de todas las pretensiones formuladas en su contra.

El **apoderado de la demandante**, pide la confirmación de la decisión, por adecuarse la situación a la línea de la jurisprudencia especializada sobre el tema de la ineficacia de traslado por falta al deber de información, citando apartes y radicados de sentencias que considera ilustrativas para el caso.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Teniendo en cuenta los planteamientos en que se sustentan los recursos de apelación interpuestos, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, el **problema jurídico** en esta instancia, se contrae a determinar, si procede la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, o por el contrario la razón está de parte de la AFP Porvenir S.A.. En el evento de llegarse a la misma conclusión del a quo, se establecerá si es viable el retorno automático de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, 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 Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o 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 o por los actos de relacionamiento, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello 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).

Y no es suficiente la suscripción de formulario con leyenda pre impresa para inferir la debida información, porque como se tiene decantado por la jurisprudencia especializada, en pronunciamientos que se condensan en sentencia de tutela radicación 59.370 del 06 de mayo de 2020 y se ratifican en sentencia SL373-2021, en la que se indica:

..., 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 1º 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 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 intencional.

Agregándose por la Corporación 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»,*

Tampoco el traslado entre administradoras del RAIS sana o ratifica el acto viciado, tal como se explica en sentencia 31989 de 2008:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Luego, carecen de sustento y no tienen acogida los planteamientos de la AFP Porvenir S.A., máxime cuando los mismos resultan contradictorios con lo afirmado al contestar los hechos de la demanda, pues allí se hace referencia a una debida ilustración sobre todos los aspectos del RAIS y el correspondiente comparativo con el RPMPD, de lo que no se trajo ninguno medio de convicción, resultando entonces acertada la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el mismo carece de efectos jurídicos, siendo la consecuencia la vuelta de las cosas al estado anterior, explicándose por el órgano de cierre de esta especialidad 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 económicas, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, advirtió:

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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general

de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Subrayado intencional.

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 ibídem-.

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. Lo que desvirtúa la argumentación del a quo sobre el particular.

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».

Acogiéndose por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las explicaciones de los apoderados de las AFP Porvenir

S.A. y Protección S.A., tendientes a excluir de la orden de restitución las cuotas de administración (que incluyen tal concepto y los porcentajes destinados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima), máxime cuando en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad 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). Lo que guarda concordancia con el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P., aplicable por remisión en materia laboral.

Sin que se superen en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión, y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, razón por la que se mantiene también la decisión en relación con las restituciones económicas por parte de Porvenir S.A., adicionándose la orden para indicar que la AFP Protección S.A., **deberá indexar los rubros a restituir por gastos de administración descontados durante el tiempo de afiliación de la demandante a esa sociedad, en aras del mantenimiento**

de su poder adquisitivo (ver entre otras sentencias SL1688 y SL1689 -2019 y SL359-2021).

No se está en este caso 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 del traslado, 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.***

Aparte de lo anterior, si bien es cierto la demandante en su interrogatorio afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las

prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL13430 de 2016.

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, 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, siendo sus efectos como se explicó la vuelta de las cosas al estado anterior, sin que le asista razón a los recurrentes en lo atinente a la prescripción de sumas a devolver, pues es una consecuencia directa de la sanción impuesta al acto viciado.

Costas en esta instancia a cargo de las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a quienes resulta adverso el recurso. Agencias en derecho a favor de la demandante en la suma de **\$908.526,00 a cargo de cada una.**

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, **adiciona el numeral 3º de la parte resolutive** de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **María Mónica Echeverri Velásquez** contra las **AFPs Porvenir S.A., Protección S.A., y COLPENSIONES**, para indicar que las AFP Protección S.A. debe indexar las sumas a restituir a Colpensiones por gastos de administración descontados a la demandante durante el tiempo de permanencia en esa sociedad. **En lo demás se confirma la decisión.**

Costas en esta instancia a cargo de las **AFPs Protección S.A. y Porvenir S.A.**, a quienes resulta adverso el recurso. Las agencias en derecho a favor de la demandante se fijan en la suma de **\$908.526, oo, a cargo de cada una.**

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 ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 92** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, 28 de **mayo de 2021**

Secretario