



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diecinueve de abril de dos mil veintitrés

22-156

Proceso: ORDINARIO LABORAL- Apelación.
Demandante: **PEDRO LUIS MARTINEZ PATIÑO**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-019-2021-00298-01.
Tema: **INEFICACIA TRASLADO**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 011** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a las administradoras del RAIS se ordene a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes incluyendo los rendimientos, cuotas de administración y bono pensional si a él hubiere lugar. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad recibir dichas sumas, reactivar la afiliación en el sistema e incorporar las semanas cotizadas al sistema pensional administrado por esta.

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

- ✓ Que nació el 05 de diciembre de 1964.
- ✓ Que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS a partir del 07 de octubre 1992 habiendo cotizado un total de 85 semanas al 30 de mayo de 1997.
- ✓ Que en mayo de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP Protección S.A y cotizó 633 semanas y el 01 de septiembre de 2012 se trasladó a Porvenir S.A.
- ✓ Que las administradoras privadas no le proporcionaron una información, suficiente, veraz, completa y clara sobre los requisitos para acceder a la pensión de vejez en dicho régimen, ni le realizaron proyecciones que le permitieran tener un conocimiento de cómo se construía una pensión en el RAIS, ni mucho menos le explicaron las diferencias entre ambos regímenes.
- ✓ Que en el RAIS ha cotizado un total de 1.054 semanas al 30/04/2021, mismas que sumadas a las 196.5 semanas sufragadas ante Colpensiones, acredita un total de 1.254 semanas.
- ✓ Que no recibió re-asesoría por parte de Porvenir S.A. antes de cumplir los 52 años.
- ✓ Que el 24 de febrero de 2021, a través de la página web de Protección S.A. solicitó copia de la afiliación al RAIS, asesorías realizadas y estado de afiliación. Dicha petición fue resuelta mediante comunicación emitida el 25 de febrero de 2021.
- ✓ Que en atención a su petición, el 13 de julio de 2020 Porvenir S.A. le realizó una proyección pensional en donde le indicó que:

EDAD	CUENTA RAIS	BONO NEGOCIADO	TOTAL	SEMANAS	PENSIÓN
55 Años	\$293.575.271	\$1.487.631	\$295.062.902	1203	\$0
60 años	\$408.999.748	\$2.1093.644	\$411.109.392	1430	\$1.545.000
61 años	\$435.501.192	\$2.261.255	\$437.762.447	1481	\$1.674.200
62 Años	\$461.785.996	\$2.434.541	\$464.220.537	1533	\$1.802.500

- ✓ Que en el Régimen de prima media su mesada pensional sería equivalente a la suma de \$4.964.938, a partir del 05 de diciembre de 2026, fecha en la que alcanzará la edad de 62 años.
- ✓ Que de haber permanecido en el régimen de prima media habría percibido una mesada superior a la ofrecida en el RAIS (el valor de la mesada pensional en el RAIS se encuentra reducida en un 64.4% del valor de la mesada que se le hubiera reconocido en el RDPMPD).
- ✓ Que el 21 de mayo de 2021 solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM, el cual le fue negado por estar a menos de diez años de adquirir el derecho a pensionarse.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES indicando que no le constan los hechos relativos a la falta de información suficiente, veraz, completa y clara brindada por las administradoras del RAIS y que el demandante no haya sido re asesorado por Porvenir. Sobre los demás indicó que no le constan.

Por su parte PORVENIR S.A. negó el incumplimiento del deber de información al señalar que la vinculación del demandante fue producto de su voluntad y de una decisión libre e informada previa asesoría conforme a lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y a la circular 019 de 1998, emitida por la Super Intendencia Financiera de Colombia. Aclaró que envió en tres ocasiones (04 de septiembre de 2015, 07 de septiembre de 2015 y 25 de enero de 2016) comunicaciones al demandante informándole que estaba a punto de entrar en la prohibición de traslado.

En el mismo sentido, PROTECCIÓN adujo que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual y su funcionamiento, así mismo los rasgos diferenciadores respecto al RDPMPD señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno y otro pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares, tal y como lo hizo el actor.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 01 de julio de 2022, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín declaró no solo 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 PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, sumas que debía recibir Colpensiones y reflejarlo como semanas en la Historia Laboral del accionante. Así mismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que hubiere percibido durante el tiempo de vinculación del demandante.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones fijando como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a favor del demandante, correspondiendo asumir a cada AFP el 50%.

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones y Colfondos S.A. interpusieron y sustentaron 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 las administradoras del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, excepto en lo atinente a los conceptos a retornar, pues estimó que solo procedía devolver los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, sin incluir los dineros percibidos por concepto de seguros previsionales.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN PORVENIR S.A.

Solicitó la revocatoria de la sentencia debido a que traslado del demandante fue eficaz y válido, por lo que los actos jurídicos de vinculación con Porvenir son eficaces y la reclamación del proceso esta prescrita. Adujo que el formulario de afiliación suscrito por el demandante es un documento que se presume auténtico de acuerdo a los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y del Parágrafo del artículo 54a del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que además, contiene la declaración que trató el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 que indica que “la selección fue libre, espontánea y sin presiones”, sumado a que el referido documento no fue tachado de falso ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del Código General del Proceso por lo que probatoriamente no es dable restarle valor ni desconocerlo; además el formulario de afiliación es un documento avalado y autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia, mismo que el demandante firmó de manera libre y voluntaria.

De otro lado, indicó que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece la ineficacia cuando se impide o atente el derecho a la afiliación haciendo alusión al dolo, pero en este caso el demandante decidió hacer el traslado horizontal de manera libre y voluntaria. Además, en el interrogatorio, el actor manifestó que le dieron *cierta información* sobre las características del RAIS, que no le surgieron dudas al momento de la asesoría para la vinculación a Horizonte ni a Porvenir, que no presentó ningún tipo de inconformidad y que la demanda fue presentada por una mera expectativa

económica y no por una supuesta ausencia de información. Al momento de la afiliación del demandante, Horizonte y Porvenir cumplieron con todas las obligaciones respecto al deber de información conforme a lo señalado en la Circular Externa 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, aunado al hecho que para la fecha de afiliación no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre su futuro pensional en consideración a que esta obligación solo surgió a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014.

De otro lado, señaló que si bien el fallador de primer grado adujo que Porvenir no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte demandante al momento de la vinculación horizontal, esto o es, entregar información completa, veraz y oportuna; esta inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto la AFP cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión de la prueba realizada por la Corte Suprema de Justicia, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto en la medida en la que la entidad demandada aportó todos los documentos que tenía en su poder para demostrar que el demandante ha estado vinculado a esta entidad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solamente con el formulario de afiliación sino también con las declaraciones que rindió el demandante dejando claridad en el presente asunto. Reitera que los formularios de afiliación son documentos que se presumen auténticos e insiste en que el afiliado permaneció por más de 10 años en el RAIS sin presentar ningún tipo de inconformidad además de permitir el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto permiten concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al RAIS.

Por consiguiente, insistió en que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a Porvenir a las ya previstas en las leyes existentes al momento de la afiliación del demandante, pues esto constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo ya que cuando se celebró el acto de vinculación no solo el afiliado era perfectamente capaz, sino que además los citados actos contienen un objeto y causa lícita y ahora, por cuenta de interpretaciones del alcance que hacen algunas normas, se desconocen instituciones primarias del Estado Social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

De otro lado indicó que de confirmarse la ineficacia se debe revocar la orden de devolver los gastos de administración, pues estos se causaron en los dos regímenes y no se puede desconocer que Porvenir administró los recursos que le fueron encomendados, por lo que se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, además de que dichos recursos se encuentran prescritos conforme el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

2.2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Manifestó que debe ordenarse trasladar lo descontado por las sumas adicionales de la aseguradora, pues la ineficacia del traslado conlleva a que el fondo privado devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo el porcentaje que por gastos o por administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado por aportes para el fondo de garantía de pensión mínima ya que carecería de objeto y de sentido la declaración de ineficacia por la falta de información exigida de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la entidad sin razón financiera atendible. Dijo que la Sentencia SL 2877 de 2020 indica que “la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos porque los mismo 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. Esto 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 estos recursos y el reconocimiento del derecho pensional”.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Señaló 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, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, ya que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación.

Por consiguiente, insiste en que no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a

la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula O A UN FORMATO carente de certeza. Se trata de un traslado de régimen pensional realizado voluntariamente por el demandante, tal apreciación se puede verificar en el escrito de demanda en el cual se puede establecer que para que se constituyera el fondo privado como su nueva administradora de pensiones, el mismo realizó una selección. Dicho concepto de “SELECCIÓN” implica una voluntad consciente para elegir entre uno u otro régimen, no estando supeditado entonces a la fuerza o al engaño que deberá ser objeto de debate probatorio. El demandante accede sin inconveniente alguno a pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio, situación como tal que le es totalmente ajena a COLPENSIONES, quien no podía evitar que el afiliado renunciara al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el Régimen de Prima media, dado que como se indicó anteriormente el simple acto de “SELECCIONAR” implica un previo examen que permitan avizorar que dicho régimen es mejor que el otro.

Agrega que es claro entonces que la afiliación efectuada al RAIS por la demandante goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales a este, lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora el demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP, que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, lo cual se pudo en el interrogatorio practicado no fue así. No sería correcto hablar de un fallo favorable a las pretensiones incoadas por el demandante, cuando a este lo cobija el principio de la Autorresponsabilidad de los hechos que afirma y por ende esta llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda y no por el contrario dar por sentado un hecho que reitero le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Por otro lado, señala que si se efectúa el traslado de régimen de estos afiliados cuando los mismos están próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, contribuiría a desfinanciar el sistema de prima media y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Agrega que al Colpensiones ser una entidad pública no puede ir más allá de lo consagrado en la ley, y esta es clara cuando en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció: *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*, como es el caso que nos ocupa donde el demandante estaría incumpliendo con la señalado en la norma. Por tanto no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y

constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles. Ello si se tiene que la demandante carece de fundamentos probatorios que permitan hablar de condenas para COLPENSIONES, toda vez que, el consentimiento libre y espontaneo se ve materializado con la afiliación en el RAIS y en su momento COLPENSIONES nada tuvo que ver en la decisión que sin coacción alguna tomo el demandante a la hora de definir su situación pensional, en tanto que, COLPENSIONES fue un sujeto pasivo a la hora del traslado de régimen, y simplemente acepto la voluntad libre y sin coacción de la parte demandante.

2.3.2. ALEGATOS PORVENIR S.A.

Tras realizar un recuento de lo acontecido en el proceso, indicó que debía revocarse en su integridad la sentencia proferida toda vez que la demandante no había acreditado un vicio en el consentimiento, ni ninguna de las causales previstas en el art. 1741 del CC, por lo que el acto de vinculación al RAIS fue eficaz, aunado a que el incumplimiento del art. 271 de la Ley 100 de 1993, bajo las intenciones que allí se mencionaban, únicamente implicaba la imposición de una multa por parte del Ministerio de Trabajo. Tampoco era dable acudir a lo previsto en el art. 899 Código del Comercio.

Recuerda además que la afiliación reposa en un documento público que se presumía auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, y contenía la declaración estipulada en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, por lo que no se le debía restar valor probatorio.

Agrega que de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada conforme lo normado en los artículos 1742 y 1743 ibídem, por la ratificación tácita de la demandante, debido al tiempo de permanencia en el régimen privado por más de 26 años, debiéndose privilegiar su inequívoca voluntad.

Destaca que garantizó el derecho de retracto, que la vinculación realizada a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a Colpatria fue de forma libre y voluntaria, brindándose una información oportuna y completa, que cumplió con la carga de la prueba en la medida que aportó los documentos que tenía su poder como el formulario de afiliación, que jurídicamente no es viable imponerle cargas a las previstas en las leyes existentes al momento del traslado, que la afiliada contaba con diferentes

canales de comunicación, que debía realizarse un análisis conjunto y crítico de todas las pruebas, que el contrato era ley para las partes y debía producir consecuencias respecto de quienes lo celebraban.

Posteriormente recalca que no se podía confundir la ineficacia de un acto jurídico (acto que no produce efectos) con la nulidad absoluta, como de manera general se hacía, realizando algunas consideraciones en torno los aspectos característicos de cada figura.

Que de considerarse que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no podía olvidarse que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, mencionaba cuáles eran los dineros que debían trasladarse cuando existía el cambio de régimen, esto es *“el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”*, lo que impedía que legalmente pudiera ordenarse la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma, máxime si ningún otro valor estaba destinado a financiar la prestación, so pena de configurarse un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES; que ordenar el reintegro de los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Posteriormente aclara que:

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada, es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.

Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que da el segundo inciso del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo

interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante, se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”

(...) Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

Finalmente destaca un razonamiento plasmado en un salvamento de voto según el cual se tenían que tener en cuenta las particularidades de cada asunto porque *“hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva”*.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, 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. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A., analizando lo atinente a las cuotas de administración y si las mismas están prescritas.

Así mismo, 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 apelación, 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.

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.º 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.º, 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 de un 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 del traslado inicial al RAIS, concretamente el 17 de mayo de 1997 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN (fl 38 del archivo 02 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la extinción 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.

Y es que expresamente el señor PEDRO LUIS MARTINEZ PATIÑO en el aludido interrogatorio expuso que tiene 57 años y cuenta con un posgrado en ingeniería y que actualmente se dedica a la construcción. Respecto a su afiliación inicial al régimen de prima media indicó que se dio en el desarrollo de una obra y fue la jefe de personal de la empresa en donde trabajaba quien le suministró el formulario de afiliación para que lo suscribiera y que en ese momento no se le explicaron las ventajas ni desventajas del ISS. Frente al traslado a Protección en 1997 adujo que en la obra en que trabajaba recibió una asesoría individual y breve (10 minutos) durante su hora de almuerzo, que en ella le manifestaron que el ISS se iba a acabar y de no trasladarse perdería todos los beneficios que tenía, que no amplió la información con los asesores de la entidad. Adujo que para la época del traslado al RAIS desconocía la existencia de otras AFP privadas y que Protección

fue su única opción, que no le informaron aspectos como: la posibilidad de pensionarse anticipadamente y de hacer aportes voluntarios, que en caso de devolución de saldos podía ser 7 veces más cuantiosa que en el Régimen de prima media. Afirmó que conocía que la financiación de la mesada pensional se haría por medio de una cuenta de ahorro individual, pero que esta mantenía los privilegios del ISS. Adujo que leyó el formulario de afiliación y que al momento de la suscripción sabía que dejaría de estar afiliado al ISS. Agregó que no hizo uso de las herramientas financieras dispuestas por Protección porque estaba seguro de la información que le habían comunicado.

Sobre el traslado a Porvenir en el 2012 afirmó que estuvo motivado porque en ese *momento uno de los asesores de la entidad le dijo que se le garantizaría el bono pensional, las semanas cotizadas y que la mesada pensional estaría acorde* a lo que Colpensiones le ofrecía. Sobre las circunstancias de modo y tiempo de la afiliación manifestó que los asesores de la entidad llegaron a la obra en donde él trabajaba, que fue una asesoría de aproximadamente 10 minutos y que por lo anteriormente aludido decidió suscribir el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria pero que no le realizaron ninguna proyección pensional y que no recuerda si realizó preguntas. Que cuando estaba próximo a cumplir el límite de los 10 años para retornar al Régimen de prima media no recibió información por parte de la AFP. Sin embargo, frente a las 4 comunicaciones enviadas por Porvenir explicó que el correo electrónico al que fueron dirigidas no lo utiliza hace 14 años y que la dirección física no corresponde a la de la actualidad. Indicó que a partir del 2020 actualizó sus datos personales y empezó a recibir extractos financieros, que conoce los requisitos para pensionarse en Porvenir porque le fueron explicados por su apoderada.

Afirmó que su principal motivación para retornar a Colpensiones es garantizar la integridad y futuro de su familia y además, los beneficios que le ofrece el Régimen de prima media respecto de la mesada pensional son superiores a lo ofrecido en el RAIS. Frente al motivo para presentar la demanda adujo que las AFP le dieron información falsa y que el futuro del afiliado y de su familia depende del capital. Finalmente, adujo que previo al cumplimiento de sus 52 años no se asesoró con Colpensiones respecto al cumplimiento de las condiciones pensionales que le ofrecía el Régimen de prima media.

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 la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes

voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

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 NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

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 echó 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 en este punto.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso del señor Martínez Patiño, quien en 1997 se vinculó a Protección y posteriormente se trasladó a Porvenir conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 67 archivo 14), siendo este último el fondo donde actualmente permanece desde el último cambio efectuado en el año 2012. Lo anterior por cuanto, de un lado, importa examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO

suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo, lo que a voces del demandante, fue lo que sucedió, donde la solidez era un factor determinante aunado al temor de perder los aportes efectuados con el extinto ISS.

Ahora, si bien la RE-ASESORÍA no fue presentada por razones ajenas a Porvenir, lo cierto es que aunque se hubiese ofrecido, en parte alguna, no puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, en gracia de discusión, aunque PORVENIR hubiese desmotivado oportunamente al accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

“(…) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

En todo caso, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una re-asesoría o una movilidad, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, **el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas** lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como

la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que **el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial** y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado. (Resaltos de la Sala)

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, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a las administradoras del RAIS accionadas, 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 **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración y comisiones, no así la totalidad de los tres ítems que componen los gastos de administración, pues excluyó los seguros previsionales y no precisó que también implicaba el retorno del dinero descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo,

como en este caso lo es Porvenir S.A., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en Protección y Porvenir.

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 la 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 la actora, 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 no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Empero, ello 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.

Ahora, también menciona el recurrente que si bien el precedente ha señalado que la acción a través de la cual se pretende la declaratoria de ineficacia no *prescribe*, tal fenómeno sí debe operar respecto de los montos a retornar, dado sus diferencias con la naturaleza de la pensión. No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia se ha encargado de analizar el tema, extendiendo esos efectos de imprescriptibilidad.

De ello se ha ocupado la Corte cuando mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reitero que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son

imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras y administradoras.

En sentencia SL1942-2021 adujo que:

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales *en cualquier tiempo*, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

En tal contexto, no es dable acoger los razonamientos de la recurrente en este punto, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivada de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Protección S.A. y Porvenir S.A respecto del tiempo de permanencia en cada uno teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional 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 debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, todas las administradoras del RAIS accionadas deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **ADICIONARÁ** el fallo.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **MODIFICÁNDOLA Y ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a PORVENIR S.A. a favor del demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fueron acogidos en esta instancia los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

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: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 01 de julio de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **PEDRO LUÍS PATIÑO MARTÍNEZ** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 91.425.576 contra **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: MODIFICA y ADICIONA el numeral **tercero** del fallo bajo el entendido que **PORVENIR S.A.** trasladará a **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del**

¹ Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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, los cuales deben ser indexados a la fecha de pago. Así mismo se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a COLPENSIONES los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibió durante el tiempo que el actor permaneció afiliado a dicho fondo, los cuales deberán ser **indexados**. E igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados por las AFPs con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor del demandante.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCIA GARCIA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante: **PEDRO LUIS MARTINEZ PATIÑO**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-019-2021-00298-01.**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **19/04/2023**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **20/04/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario