

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	María Elena Gómez Betancur
DEMANDADO	AFP PROTECCION S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 018 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 018 2019 00532 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 107 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona sentencia

Hoy, **once (11) de junio 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 como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación formulado por el apoderado de **la AFP Porvenir S.A.** y grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida dentro del proceso ordinario promovido por **María Elena Gómez Betancur**, en contra de estas entidades y de **Protección S.A.** Código de radicado único nacional 05001 3105 **018 2019 00532** 01.

Auto: de conformidad con la documentación allegada vía correo electrónico se le reconocer personería jurídica al Doctor Esteban Ochoa González, y a Luz Adriana Pérez, para que continúen con la representación judicial, el primero, de Porvenir S.A., y la segunda, de Protección S.A.

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 en acta N° **018**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Para lo que interesa a esta instancia se tiene que la demandante pide se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de la **AFP Porvenir S.A.** y con posterioridad a **Protección S.A.**, y en consecuencia, se le tenga afiliada válidamente y sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Se ordene a Porvenir S.A. trasladar las cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y a Colpensiones a aceptar el traslado de los recursos e incorporarlos en la historia laboral. Pide también costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, nació el 26 de marzo de 1966, realizando cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 29 de junio de 1988 hasta de octubre de 1994, data en la cual se afilió por primera vez al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A., entidad que no le explicó sobre los pormenores, ventajas y desventajas que tenían ambos regímenes de pensiones, así como tampoco se le informó cuál es la situación del bono pensional, y si efectivamente podría pensionarse anticipadamente. Afirma que con posterioridad y sin ningún tipo de asesoría, solamente con el diligenciamiento del respectivo formulario, se trasladó a AFP Colmena hoy Protección S.A., retornando con posterioridad a Porvenir S.A., entidad en la cual se encuentra actualmente. Que solicitó el 01 de marzo de 2019, la correspondiente proyección de la pensión, respondiéndole Porvenir S.A., que a los 57 años en dicha entidad tendría derecho a una pensión de garantía mínima y en Colpensiones a

una mesada de \$1.912.300,00. Que pidió ante Colpensiones el trasladado a esa entidad, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable al faltarle menos de 10 años para pensionarse.

En auto del 18 de septiembre de 2019 se admitió y ordenó dar trámite a la acción, debidamente enteradas de tal actuación las entidades demandadas allegaron escritos de respuesta así:

Colpensiones acepta como cierta la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, y la solicitud de retorno a dicho fondo, los demás supuestos no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, afectación a la sostenibilidad financiera del régimen de prima media, inconformidad con el eventual monto pensional no constituye causal de ineficacia del traslado, incumplimiento de las obligaciones de la demandante en calidad de consumidor de productos financieros, prescripción, compensación, e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP Protección S.A.**, acepta la fecha de nacimiento de la actora, así como que el 17 de enero de 2012, radicó formulario de vinculación o traslado de fondo de pensiones obligatorias. Con relación a los demás hechos esgrime no constarle, afirmando que, al momento de realizar la afiliación a Protección, se le brindó una asesoría sobre ambos regímenes, a fin de determinar el panorama de su realidad, realizándole ofertas de los productos propios del régimen de ahorro individual. Indicó que la obligación de realizar un comparativo financiero o de monto de la mesada entre ambos regímenes no existía al momento de la afiliación de la actora, pues, la misma solo surge a partir del año 2014 con la Ley 1748. Explica que, debido a las nuevas tablas de mortalidad que surgieron con la

resolución 1555 de 2010, y a la 3099 de 2015, que cambió las formulas para el cálculo del saldo de la cuenta de ahorro individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima de vejez, cambiaron también las reglas para las proyecciones pensionales de la actora, sufriendo variación frente a las que se pudieron haber realizado al momento de la afiliación, cambios que no vician el consentimiento ni constituyen una omisión del deber de información. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

La **AFP Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó que no le constan y no son ciertos, afirmando que la afiliación de la actora se realizó de manera informada, libre y voluntaria, el 26 de octubre de 1994, al haber recibido asesoría de manera verbal, en la cual, se le ilustró clara, suficiente y verazmente, en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado, pretendiéndose ahora dar efectos retroactivos a normatividades posteriores, pues, el deber del buen consejo no existía para el momento del traslado, por tanto, no se tenía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni la obligación de informar sobre el monto de la pensión que obtendría, ello es, no había necesidad de realizar proyecciones por escrito, al no exigirlo ninguna norma. Expuso los fundamentos y razones de derecho de su defensa y formuló **las excepciones** de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el **Juzgado 18 Laboral del Circuito**, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD a la AFP Porvenir S.A., ordenando a esta sociedad efectuar **la restitución inmediata de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su vinculación**, como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubiere causado, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, a COLPENSIONES, entidad que debe reactivar la afiliación, recibir las sumas que se ordena devolver y continuar como administradora de pensiones, consolidando en debida forma la historia laboral. Declaró infundada la excepción de prescripción, las demás implícitamente resultas y gravó con costas a la AFP fijando el monto de las agencias en derecho.

Argumentó la falladora que el punto de partida para el análisis del asunto planteado es la selección libre y voluntaria de régimen pensional en los términos del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, lo que se debe hacer en formulario escrito, si no se cumple con tales condiciones la misma deviene ineficaz, artículo 271 del mismo estatuto, recayendo en las administradoras de pensiones el deber de información al tener una responsabilidad de carácter profesional, invirtiéndose en estos eventos la carga de la prueba, sin que se haya demostrado el cumplimiento de tal deber por parte de la AFP, pues no se le explicaron a la actora las diferencias entre los regímenes, ventajas y desventajas, sin que ello se infiera del formulario de afiliación y sin que en el interrogatorio de parte se hubiere efectuado confesión sobre el particular, luego no puede hablarse de una voluntad informada, citando como sustento apartes de jurisprudencia especializada.

Recurso de apelación

Interpuesto por la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando revocar en su totalidad la sentencia, indicando que para la fecha en la que se dio el traslado de régimen no existía el deber de asesoría y buen consejo, adicional a que no era obligación dejar consignada por escrito la información que se le brindara a la persona, la cual, para el caso consistió en darle a conocer a la actora de manera verbal las características, acceso y servicios de cada uno de los regímenes, y así pudiera conocer con exactitud la lógica de los dos sistemas de pensiones, adicional a que para el caso de la actora, existió un acto de relacionamiento, esto es, traslados horizontales entre diferentes administradoras del régimen de ahorro individual, lo cual, consolida un indicio de la real voluntad de permanencia a dicho régimen, sin que de la expectativa de un mayor monto de la pensión en el régimen de prima media con prestación definida pueda se pueda desprender la falta al deber de información.

Finalmente, insta para que en caso de confirmarse la decisión en cuanto a la declaratoria de ineficacia, se revoque la condena al traslado de los gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto, existió una buena gestión de los recursos, y adicionalmente existen valores que fueron trasladados a terceros de buena fe.

En favor de Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

De la oportunidad para presentar alegaciones, hizo uso **Porvenir S.A.**, quien argumenta que momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, siendo asesorada en diferentes momentos, de manera verbal en una reunión general y colectiva, y en una personal al momento de suscribir el

Formulario de Afiliación, y finalmente dentro del mismo formulario, cumple con los requisitos establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, adicional a que se han hecho compañías masivas a fin de educar al consumidor, y ha realizado comunicados de prensa informando los diferentes cambios normativos, aclarando que para la fecha en que se produjo el traslado no era necesario dejar consignada la asesoría suministrada, pues, la obligación de buen consejo y doble asesoría surge con posterioridad, esto es, en el 2010 y 2014. Aduce que la parte actora incumplió con el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, por lo que no puede ser beneficiaria de su propia culpa, lo cual se corrobora con el hecho de que no realizó comparaciones con otros regímenes.

Y en el hipotético caso de mantenerse la decisión, insta para que no se ordene la devolución de gastos de administración, seguros previsionales, pues, la deducción de dichos conceptos se realizó atendiendo lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, cumpliendo dichos descuentos con su cometido a mas que no se encuentran dentro del patrimonio de la entidad, pues, han sido destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que se ven reflejados de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, adicional a que de ordenarse la devolución de los mismos se estaría avalando un enriquecimiento sin causa. Finalmente indica que la manera como debe operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020.

Protección S.A., indica que la actora se afilió de manera libre y voluntaria, tal y como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a que el formulario de afiliación cumple con el lleno de los

requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994, y que la señora Elena teniendo la facultad de hacerlo no retorno al régimen de prima media con prestación definida, ni en el año de gracia, ni en los 5 años posteriores a la afiliación, ni 10 años antes de adquirir el derecho pensional, máxime si se tiene en cuenta que el consumidor financiero tiene el deber de estudiar su situación, contratos y productos que desea adquirir, al ser, sus situaciones las que se verían afectadas por una acción u omisión dolosa o culposa. Insta para que no se ordene la devolución de los gastos de administración, en tanto, dicho descuento tuvo sustento legal, por tal, aunque se declare la ineficacia, atendiendo lo establecido en el artículo 1746 del C.C., no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, y producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho a conservar la comisión de administración, y frente a los seguro previsionales, solicita se tenga en cuenta que los mismos fueron girados a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía cancelara la suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, encontrándose imposibilitada para solicitar una devolución de tales dineros y trasladarlos a Colpensiones, al ser la aseguradora un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte demandante.

Colpensiones, aduce que el traslado de la actora se dio en octubre de 1994, cuando solo se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, el cual solo exigía atender el formulario de afiliación con el lleno de los requisitos establecidos por la superintendencia, a fin de demostrar la aceptación y consentimiento por parte de aquella, lo cual se advierte para el caso, adicional a que la parte demandante no probó, siendo su deber, los supuestos de hecho en los cuales se basan sus pretensiones, por lo que se debe revocar la sentencia de instancia, no obstante, de confirmarse la misma, solicita se le ordene a Porvenir, trasladar todos los valores

depositados en la cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas, garantía de pensión mínima, y seguros y reaseguros, así como se le ordene a Protección, trasladar los valores correspondientes a las cuotas de administración que se causaron en el periodo que la demandante estuvo afiliada a esa entidad

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, o por el contrario la razón está de parte de la AFP Porvenir S.A., en el evento de llegarse a la misma conclusión de la primera instancia, se establecerá si es posible 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, por reasesoría posterior 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).

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»,*

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

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

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

....

En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo

permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

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

Adicional a que en sentencia SL1217 de 2021, también se enseñó por dicho órgano de cierre frente a la suscripción del formulario de afiliación, que:

"Sea lo primero señalar que conforme al reiterado criterio de esta Sala la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

En efecto, sobre el particular esta Corporación ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En las más recientes providencias, la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante."

Luego, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, no se avizora en los autos, estando en cabeza del fondo accionado la demostración del cabal cumplimiento al deber de información, siendo su deber legal la conservación de la misma en los términos del artículo 38 del Decreto 692

de 1994, que a la letra dispone: *Las administradoras del sistema general de pensiones deberán mantener para cada afiliado un archivo en donde conservarán la información relacionada con su historia laboral, así como los demás documentos que señale la Superintendencia bancaria. Esta información podrá estar almacenada en microfichas, discos de computador u otros sistemas que permitan reconstruir dicha información*, y más aún, si en gracia de discusión se admitiera que se dio en forma verbal, tampoco se trajo ningún medio de convicción sobre el particular, debiendo advertirse que aparte de la inversión de la carga de la prueba art. 167 del C. G. del P. y de la línea de la jurisprudencia especializada que así lo impone, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, *la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*, sin que se satisfaga tal exigencia como ya se dijo con la suscripción del formulario, que demuestra solo una manifestación de voluntad, pero no que esta sea informada, así como tampoco el hecho de haberse trasladado la actora entre distintos fondos del régimen de ahorro individual, pues como se explica por la jurisprudencia especializada en la 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, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad – vuelta al estado anterior, explicándose por la Sala de Casación Laboral 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 cobija 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».

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar en la sentencia SL081 de 2021 y SL587 de 2021, por lo que acogiénndose por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente que en línea mayoritaria sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, no tienen prosperidad los argumentos de la parte recurrente, tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a *gastos de administración*, debiéndose tener en cuenta además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P. en concordancia con la sentencia C 621-2015 y el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en que se exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

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

Sin que se cumplan en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los asuntos 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 también se mantiene la decisión de primera instancia en el tema de las restituciones económicas por parte de Porvenir S.A.

Ahora, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y atendiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (entre otras sentencia SL2788 de 2020), es de indicar que en los casos en los cuales se declara de ineficacia del traslado de régimen pensional, las consecuencias las deben asumir todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la persona, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional, en tanto, frente a las mismas se debe aplicar el artículo 1748 del Código Civil, sin que se pueda afirmar que dichos dineros no están en poder de los fondos o que se realizó una debida administración, pues la conducta que le resta eficacia al negocio jurídico es atribuible a las AFP, quienes deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones durante el tiempo que estuvo la persona afiliada, por lo que se deberá adicionar **el numeral 8º de la decisión**, para indicar que **Protección S.A.** también debe restituir de inmediato a Colpensiones los porcentajes descontados para gastos de administración durante el tiempo de vinculación de la actora a dicha sociedad, entendiéndose comprendidos dentro de estos tal concepto, al igual que los porcentajes destinados a la cobertura de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, los que se deben retornar **debidamente indexados**, ver entre otras sentencias SL 359 de 2021, SL 1688, SL1689 ambas de 2019, en las que se explica:

2. Otras consecuencias prácticas de la declaración de ineficacia

Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados.

Los rubros antes mencionados no se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues pese a que los mismos no están ligados al reconocimiento del a prestación, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterios ya expuestos de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral no se extingue por este fenómeno, sumado a que solo en el trámite del proceso es que fue declarada.

No sobra advertir, que contrario a lo expuesto por el apoderado de Porvenir S.A. al momento de realizar la sustentación del recurso de alzada, lo que fundamenta la decisión que aquí se toma se basa en que la administradora de pensiones no asumió su deber de asesoramiento claro, veraz y suficiente, siendo su responsabilidad, en virtud de su doble calidad de sociedad de servicios financieros y entidad de seguridad social, siendo el cumplimiento de este deber mucho más riguroso que el que pudiese exigirse a otro ente financiero, en tanto de su ejercicio dependen claros intereses sociales, como la protección a la vejez, invalidez y muerte y su omisión, conlleva la ineficacia del traslado declarada en primera instancia, y no el hecho de que la actora pueda tener un mayor monto de la pensión en el régimen de prima media que en el de ahorro individual, y si bien no se desconoce que 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 SL 13430 de 2016, lo que

se ajusta además al principio de la dignidad humana, fundante del Estado Social de Derecho (art. 1º de la Constitución Política), y del sistema integral de seguridad social (art. 1º ley 100 de 1993).

Finalmente, es de advertir que para el caso 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 término extintivo y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. a quien se desata adversamente el recurso interpuesto, las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00** y en favor de la parte actora.

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 8** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **María Elena Gómez Betancur**, en contra **Protección S.A. Porvenir S.A. y Colpensiones**, para indicar que **Protección S.A debe trasladar de manera inmediata y debidamente indexados** a Colpensiones, los gastos de administración descontados durante el tiempo de vinculación a ese fondo, dentro de los que están comprendidos estos, al igual que los porcentajes

destinados a la cobertura de seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

En lo demás se confirma la decisión revisada, y en lo relativo únicamente al proceso que hoy se revisa.

Costas a cargo de Porvenir S.A., las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00** en favor de la parte actora.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el 15 del Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 102** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **15 de junio de 2021**

Secretario