



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Eduardo Manuel Montes Díaz
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
LITISCONSORCIO	Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP
RADICADO	05-001-31-05-005-2019-00206
TEMA	Ineficacia de traslado y pensión
DECISIÓN	Revoca, adiciona y confirma sentencia

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **187** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **EDUARDO MANUEL MONTES DÍAZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, e integrado como litisconsorcio necesario por pasiva al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –OFICINA DE BONOS PENSIONALES-**, con radicado **05-001-31-05-005-2019-00206**.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y que siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; asimismo, se declare que le asiste el derecho a la pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, la cual debe ser reconocida por COLPENSIONES a partir del 19 de febrero de 2017. Y como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados al RAIS, junto con sus rendimientos y sin ningún descuento

por cuotas de administración; y se condene a COLPENSIONES a recibir dichos aportes, reactivar la afiliación, y a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 19 de febrero de 2017, los intereses de mora o subsidiariamente la indexación, y a las costas procesales.

Subsidiariamente solicita que PORVENIR S.A. a raíz de la falta de una reasesoría, se reconozca a título de indemnización de perjuicios la pensión de vejez desde que acreditó los requisitos para acceder a la prestación, el valor equivalente a lo que hubiese recibido en el RPM, con los intereses moratorios o en subsidio la indexación y las costas procesales.

- **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones manifiesta que nació el 19 de febrero de 1955. Que estuvo afiliado al ISS donde realizó aportes entre el 6 de diciembre de 1976 y el 30 de abril de 1994. Que el 15 de abril de 1994 se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., y el 18 de febrero de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A. Que su traslado a PROTECCIÓN S.A. se dio mientras laboraba para DOWN QUÍMICA DE COLOMBIA S.A. y contaba con 39 años de edad. Que para mayo de 2018, contaba con 1.234 semanas cotizadas al RAIS, para un total de 1.864 semanas cotizadas durante toda su vida laboral. Que recibió una información incompleta por parte de los asesores de ambas administradoras. Que el 22 de noviembre de 2017, PORVENIR S.A. realizó una proyección de la pensión del demandante. Que el 25 de mayo de 2018 el demandante presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del acto de traslado al RAIS, la cual fue negada.

- **CONTESTACIONES:**

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que no le consta la edad del demandante. Que no le consta el año en que se afilió al ISS y el número de semanas que allí cotizó. Que es cierto que se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 15 de abril de 1994 y a PORVENIR S.A. el 18 de febrero de 2002. Que no le constan las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se dio su traslado a

PROTECCIÓN S.A. Que es cierto que para el mes de mayo de 2018 contaba con 1.234 semanas cotizadas en el RAIS. Que PORVENIR S.A. no tenía el deber de re asesorar al demandante, sin embargo, la entidad cuenta con diferentes canales de comunicación mediante los cuales se brinda información a sus afiliados. Que no le consta que el demandante presentara ante COLPENSIONES la respectiva reclamación administrativa. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso varias excepciones de mérito.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Indicó que es cierto que el demandante nació el 19 de febrero de 1955. Que no le consta el número de semanas que tiene cotizadas en su historial laboral. Que es cierto que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 15 de abril de 1994. Que no es cierto que por parte de PROTECCIÓN S.A. no recibiera una información completa sobre su traslado, pues la AFP se encarga de suministrar a sus potenciales afiliados una información completa, clara, cierta y veraz. Que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su traslado a PORVENIR S.A. Que no le consta que el demandante haya solicitado ante COLPENSIONES la ineficacia de su traslado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y planteó como excepciones la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y traslado de aportes a PORVENIR S.A.

✓ COLPENSIONES:

Indicó que es cierto que el demandante nació el 19 de febrero de 1955. Que es cierto que estuvo afiliado al ISS entre el 6 de diciembre de 1976 y el 30 de abril de 1994, y allí cotizó 630 semanas. Que es cierto que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., el 15 de abril de 1994, y posteriormente a PORVENIR S.A., el 18 de febrero de 2002. Que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su traslado en las diferentes AFP del RAIS. Que es cierto que el 30 de mayo de 2018 solicitó ante COLPENSIONES la ineficacia de su traslado al RAIS y esta fue negada. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y como excepciones planteó la de inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

✓ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE
BONOS PENSIONALES:

Indicó que es cierto que el demandante nació el 19 de febrero de 1955. Que es cierto que estuvo afiliado al ISS entre el 6 de diciembre de 1976 y el 30 de abril de 1994, y allí cotizó 630 semanas. Que es cierto que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 15 de abril de 1994 y posteriormente a PORVENIR S.A. el 18 de febrero de 2002. Que es cierto que ha cotizado 1.234 semanas en el RAIS, para un total de 1.864 semanas cotizadas durante toda su vida laboral. Finalmente, indicó que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su afiliación a las diferentes AFP del RAIS. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso como expedición la de buena fe.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 8 de septiembre de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz el traslado del demandante realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad por falta de consentimiento informado, lo que derivó un error en su consentimiento al momento de afiliarse a tal régimen.

Como argumento de su decisión expuso que era obligación de los fondos privados brindarle al actor una información completa, clara y veraz de las implicaciones de estar en uno u otro régimen pensional y de las condiciones de los mismos y que, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que una persona permanezca por largos años en los fondos privados e incluso realice traslados entre diferentes AFPs del RAIS no se puede derivar un acto de ratificación o de convalidación del defecto que se contiene en el mencionado traslado.

DECLARÓ que la afiliación del demandante al régimen de prima media no ha tenido solución de continuidad.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los aportes efectuados por el demandante, incluidos los frutos, rendimientos financieros que sobre los

mismos se hubieren causado y los gastos de administración a cargo de su propio patrimonio, en proporción al tiempo que allí permaneció afiliado.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, en un término no mayor de 30 días, los descontado por los gastos de administración en proporción al tiempo que allí permaneció afiliado el demandante.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. en un término no mayor de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a devolver a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, las sumas que haya recibido por concepto de bonos pensionales del demandante, debidamente indexados desde el momento en que se acreditó el pago del bono pensional a la AFP, incluidos rendimientos financieros, si respecto de ese valor los hay, y hasta el momento en que se haga efectivo su devolución a la OBP, para que esta entidad proceda con su anulación y trámite respectivo.

CONDENÓ a COLPENSIONES y a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, a recibir los aportes, rendimientos financieros y demás valores por parte de COLPENSIONES, y las sumas por concepto de bono pensional en relación con el MINHACIENDA que PORVENIR S.A. les devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y **ORDENÓ** a COLPENSIONES a tener en cuenta el tiempo cotizado por el actor en el Régimen de Ahorro Individual, como semanas cotizadas y reflejarlas en la historia laboral.

CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de vejez, causada el 19 de febrero de 2017, bajo el régimen de artículo 9° de la ley 797 de 2003, liquidando el IBL con base en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, pero que se hará efectiva o comenzará a disfrutarse desde el momento en que el demandante acredite su retiro definitivo del sistema.

ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las demás pretensiones formuladas en su contra por el actor.

DECLARÓ la prosperidad de las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar perjuicios e inexistencia de la obligación de reconocimiento de intereses de mora formuladas por PROTECCIÓN S.A., y declaró imprósperos los demás medios exceptivos propuestos.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.

- **APELACIÓN:**

- ✓ PROTECCIÓN S.A:

Presentó recurso de apelación solicitando se revoque de manera parcial la sentencia de primera instancia respecto a la orden de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, pues este concepto es un descuento autorizado por la ley y opera para ambos regímenes. Indica que durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a PROTECCIÓN S.A., esta administró los dineros de su cuenta de ahorro individual de la mejor manera, lo cual se puede ver en los rendimientos que fueron trasladados en su momento a PORVENIR S.A. con sus respectivos aportes, lo cual demuestra el buen trabajo que hizo PROTECCIÓN S.A. Expuso lo manifestado en la sentencia 31898 de septiembre 9 de 2008. Y que debe tenerse presente que frente al cobro de las cuotas por administración opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por el periodo que impone la ley, y que además corresponde a un valor que no financia directamente la prestación económica por vejez.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia frente a todas las condenas impuestas a PORVENIR S.A., en el sentido que la afiliación del demandante cumplió con todas las formalidades que para la época se exigía para dicho acto. Asimismo, afirma que el demandante para la época de la afiliación era una persona totalmente capaz. Que en estos momentos es imposible la declaratoria de la ineficacia, pues el demandante se encuentra en la limitante de edad establecida para cambio de régimen pensional. Y que en caso de que el tribunal considere la declaratoria de ineficacia, solicita se

mantenga absuelta a PORVENIR S.A. de las pretensiones frente a las cuales el despacho se pronunció y se revoque la condena en costas.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ PORVENIR S.A.:

Expuso en sus alegatos, que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que al momento de realizar el traslado del demandante, se cumplieron con los requisitos legales exigidos para la fecha en cuanto al deber de información, pues la asesoría brindada se efectuó de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de la afiliación. Que en caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicita se absuelva de trasladar los conceptos de cuotas de administración y seguros previsionales, asimismo, se revoque la condena de devolver al Ministerio de hacienda y Crédito Público el Bono pensional pues esta administradora solo actuó en calidad de intermediaria ante dicha entidad. Y solicita se mantenga absuelta del pago de perjuicios, toda vez que estos no fueron demostrados por el actor.

- ✓ DEMANDANTE.:

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional efectuada a través de PROTECCIÓN S.A., toda vez que este no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente que le permitiera tomar una decisión informada sobre cómo sería su futuro pensional. Igualmente, solicita se confirme la sentencia de primera instancia respecto al derecho concedido de la pensión de vejez, toda vez que cumple con los requisitos exigidos por la ley para adquirir el mismo.

- ✓ COLPENSIONES:

Dentro de sus alegatos, COLPENSIONES solicita se analice la imposibilidad de traslado de régimen, toda vez que el demandante solicitó el traslado

posterior al cumplimiento de la edad limítrofe establecida y que si bien la ineficacia invocada recae sobre un supuesto error, este debe ser probado por parte de la demandante. Indica que en caso de proceder la ineficacia, se deben devolver a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón de la afiliación de la demandante al fondo privado.

- **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación del señor EDUARDO MANUEL MONTES DÍAZ a PROTECCIÓN S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; **ii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados, y lo referente al bono pensional; de igual forma, se analizará **iii)** si el demandante tiene o no derecho a la pensión de vejez; **iv)** la condena en costas impuestas en primera instancia a PORVENIR S.A.; **v)** y, la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688,

SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021.

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon el traslado del demandante, en el interrogatorio de parte se desprende que se afilió a PROTECCIÓN S.A. debido a que un asesor de la administradora llegó a la empresa en la cual se encontraba laborando y le manifestó que el ISS iba a desaparecer, razón por la cual debía trasladarse a un fondo privado, además de indicarle que allí se podría pensionar de manera anticipada y en caso de muerte sus fondos serían heredables. Que la asesoría duró aproximadamente 10 minutos y no le indicaron que allí tendría una cuenta de ahorro individual. Por otro lado, frente a su afiliación a PORVENIR S.A. manifestó que esta tuvo lugar una vez cambió de empleador, pues este le indicó que esta administradora era más sólida y tenía mayor respaldo económico, y la persona encargada de recursos humanos en la empresa le indicó dónde debía firmar para realizar el traslado.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que las entidades administradoras anexaron los documentos visibles de folios 131 y 226 del expediente respectivamente, esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por el demandante,

que permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir nuevamente, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No pasa por alto esta corporación, que el actor realizó traslados entre fondos privados, sin embargo debe dejarse claro que esto no significa que se hubiese revalidado la decisión, toda vez que como ya se precisó la institución aplicable en este caso es la ineficacia, y ello implica que mediante actos posteriores no se pueda obtener una ratificación, convalidación o saneamiento, puesto que la consecuencia de un acto jurídico que no cumplió los requisitos legales para su formación es la carencia de efectos, por lo que la movilidad del actor dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

Se repite que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A. como primer fondo privado que recibió al actor, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privado:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida,

pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron 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 demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a la apelación de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. y a los alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

Por lo anterior, además de lo ordenado por el juez a **PORVENIR S.A.**, también este fondo deberá devolver los seguros previsionales, que se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, que juntos con las cuotas de administración deberán ser devueltos debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, y también se deberá trasladar lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **COLFONDOS S.A.** incluir en los valores por entregar a COLPENSIONES, estos conceptos.

De igual forma, **PROTECCIÓN S.A.**, deberán igualmente devolver a COLPENSIONES lo ordenado por el juez, y, además, los seguros previsionales, que integran la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, que juntos con las cuotas de administración deberán ser devueltos debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, por el lapso de tiempo en el que el actor permaneció allí. Debiéndose en este sentido **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia.

En lo que respecta a la orden dada por el juez a PORVENIR S.A de devolver el **BONO PENSIONAL** a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para su anulación, debe señalarse que conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Ahora, la redención normal del mismo fue para el 19 de febrero de 2017, fecha en la que el demandante adquirió los 62 años; sin embargo, hay que tener en cuenta que, previo al pago del bono, debe surtir varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la afiliación válida del actor es la efectuada al régimen de prima media, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que ya se hubiere recibido, el fondo privado deberá restituirlo a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación, y posteriormente realizar el trámite respectivo que haya lugar, como efectivamente lo señaló el juez. Por tal razón dicha orden deberá **CONFIRMARSE**.

iii. Pensión de vejez

Ahora bien, una vez resuelta la ineficacia del traslado, esta Sala se dispone a hacer el estudio correspondiente para verificar si el actor tiene derecho a la pensión de vejez en aplicación de la ley 797 de 2003.

En el caso objeto de estudio, de las pruebas documentales que obra en el expediente, en especial las historias laborales de folios 28 a 45, esta Sala encuentra que al demandante le asiste razón para gozar de la pensión de vejez, toda vez que logró cotizar en toda su vida laboral más de 1.864 semanas, colmando con ello el requisito de las 1.300 semanas exigidas, y cuenta actualmente con más de 62 años de edad.

Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez como correctamente lo manifestó el juez de primera instancia, dado que, con lo probado, se colman los requisitos mínimos para el otorgamiento de la prestación, no obstante, como el demandante continúa cotizando al sistema general de seguridad social en pensiones, la pensión de vejez se disfrutará a partir de la fecha en que acredite el retiro del sistema, siendo liquidada por la entidad demandada a dicha fecha como lo dispuso el juez. Por lo anterior, la sentencia merece ser **CONFIRMADA** en este sentido.

iv. Costas procesales impuestas a PORVENIR S.A.

Con relación a las **COSTAS PROCESALES** impuesta a PORVENIR S.A., debe indicar la Sala que no es procedente tal condena, toda vez que, el origen de la discusión se da en razón de la conducta de PROTECCIÓN S.A., administradora del RAIS contra quien fue dirigida la pretensión principal, y para el caso se tiene como vencida, siendo PORVENIR S.A., convocado al proceso con el fin de que una vez se definida la controversia proceda a devolver todos los valores que posee el demandante en su cuenta individual, como se dijo en párrafos anteriores, por lo tanto no se trata de una parte vencida conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso, y en ese sentido no hay lugar a la imposición de costas a su cargo, debiéndose **REVOCAR** la sentencia en este aspecto.

v. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad

Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ, REVOCARÁ y CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas de primera instancia solo se impondrán a PROTECCIÓN S.A. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por no salir adelante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$908.526, dividido en partes iguales para cada una.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y en su lugar, se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** y a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por el juez, los seguros previsionales, que se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y este concepto al igual que las cuotas de administración, serán debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, así mismo se trasladará, lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y en su lugar, se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** y a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por el juez, los seguros previsionales, que se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados, al igual que las cuotas de administración, con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: Se **REVOCA** en lo que tiene que ver con las costas procesales impuestas en primera instancia a **PORVENIR S.A.**, para en su lugar **ABSOLVER** a esta entidad de tal condena.

QUINTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia

SEXTO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **ESTADOS**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN - SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por
estados N° 113 del 30 de junio de 2021

consultable aquí:

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