



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Ricardo Álvarez Rivas
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-023-2019-01199
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia

El dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022), 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 202** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **RICARDO ÁLVAREZ RIVAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-023-2019-01199**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la ineficacia o nulidad de la vinculación o traslado al RAIS. Y como consecuencia se ordene nuevamente el traslado al RPM con las correspondientes cotizaciones y rendimientos al RAIS, sin solución de continuidad. Y se condene en costas a las demandadas.

• **HECHOS:**

Fundamenta sus pretensiones, indicando que nació el 17 de enero de 1962. Que cotizó con diferentes empleadores privados al ISS desde el 13 de septiembre de 1984, trasladándose el 13 de febrero de 1996 a PROTECCIÓN S.A. Que firmó el formulario de afiliación sin leer y confiado en la información brindada por el asesor. Que no se le comunicaron las ventajas o desventajas

de pertenecer al RAIS. Que la información no fue clara, completa y exacta. Que la anotación que reposa en el formulario de afiliación relativa a la voluntad libre e informada no es consecuente de la realidad. Que PROTECCIÓN S.A. al darle una proyección pensional se observa que recibiría mucho mas en COLPENSIONES. Que nunca lo llamaron cuando le faltaba 10 años para cumplir la edad de pensión. Que solicitó información de las asesorías brindadas por PROTECCIÓN S.A. en donde solo se le entregó el formulario de afiliación y la historia laboral. Y que presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que es cierto que comenzó a efectuar cotizaciones al ISS desde el 13 de septiembre de 1984 hasta el 13 de febrero de 1996. Que no le consta el traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A. Que no le consta la información suministrada por el fondo privado, lo cual será objeto de debate probatorio. Que otros no son hechos, sino apreciaciones de la parte actora. Y que es cierta la solicitud elevada a la entidad. Se opone a la prosperidad de todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda expuso que es cierta la fecha de nacimiento. Que es cierto que se encuentra afiliada al RAIS. Que no le consta la afiliación a COLPENSIONES. Que el demandante suscribió el formulario de afiliación el 13 de febrero de 1996, de manera, libre, espontánea y sin presiones. Que no es cierto no se le haya explicado que obtendría mayores beneficios, ya que su asesoría fue clara, responsable, veraz, cierta, oportuna, profesional, objetiva e integral en donde se le expuso las características propias del RAIS. Que si se le explicó la forma en que se construye la pensión en el RAIS. Que si se le realizaron las respectivas proyecciones pensionales verbales en ambos regímenes. Que no es cierto que se haya faltado al deber de información. Que si se le brindaron todas las herramientas para ser asesorado en el momento que lo necesitara. Que no es cierto que exista

riesgos al trasladarse al RAIS, ya que es un régimen establecido debidamente por el sistema legal colombiano. Que si se le explicó la posibilidad de escoger la modalidad pensional. Que, para la época de traslado del demandante, el formulario de afiliación era el único requisitos que se exigía. Que no es cierto que se le haya brindado poca información. Que al demandante se le realizó un estudio individual, previo y concreto, toda vez que los asesores están capacitados para realizar una asesoría completa y profesional, donde se estudia cada caso de forma independiente y por separado, analizando y exponiendo las características de ambos regímenes. Que otros hechos son pretensiones. Que es cierto que el actor elevó solicitud a PROTECCIÓN S.A., la cual fue contestada. Y que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones, y planteó varias excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 14 de enero de 2022, el Juzgado Vigésimotercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; como argumento de su decisión, expuso que no fue probado por parte del fondo privado el deber de información, de manera clara, completa y veraz de las implicaciones del traslado, y por tal razón, no puede catalogarse como un traslado libre, voluntario e informado.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por razón de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, así como de los respectivos rendimientos que se hubieren causado y las sumas alusivas al seguro previsional, en el término improrrogable de 30 días.

Señaló que en el eventual menoscabo que hubiese podido afectar el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por cualquier causa, habrá de ser asumido por la accionada PROTECCIÓN S.A. de su propio peculio, a la luz de lo dispuesto por el artículo 963 del Código Civil; es decir, que en modo alguno está situación podrá permear los intereses patrimoniales de COLPENSIONES, quien queda eximida de ese riesgo.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir la devolución que está obligada efectuarle PROTECCIÓN S.A.

DECLARÓ no probadas las excepciones formuladas.

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

• **APELACIONES:**

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Presentó su recurso de apelación parcial, expresando que no deben proceder a devolución de los gastos de administración, seguro previsional y demás emolumentos, toda vez los gastos de administración se realiza por disposiciones legales traída por la normatividad, y además fueron comisiones ya causadas por la administración de los recursos de la cuenta individual. Que más allá de retrotraer todo al momento inicial, debe mirarse que el fondo privado administró de manera oportuna la cuenta, como se puede ver con los rendimientos financieros y lo que llevó que el patrimonio del actor aumentara de manera ostensible. Que hay que tener en cuenta que las normas que ha diseñado el legislador, permite que se pueda obtener una mesada pensional en el régimen de prima media, pero la realidad fáctica es que, con la buena administración de la cuenta individual por parte del fondo privado el accionante ha obtenido unos óptimos rendimientos en su cuenta. Que también hay que observar que no se pueden devolver los seguros previsionales, ya que son recibidos por terceros de buena fe, los cuales ya fueron encausados en dichos conceptos. Que se genera un detrimento patrimonial el tener que devolver estos conceptos con cargo a su propio patrimonio, y a su vez genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Y que se deben revocar las costas procesales, ya que fueron tasadas por la juez en tres millones y medio de pesos, lo cual no cuadra con las tarifas emitidas por el Consejo.

✓ COLPENSIONES.

En su apelación señaló que se debe hacer énfasis que cuando se incorporó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, hablo de 2 vertientes que tiene que ver con

las expectativas legítimas del afiliado y la sostenibilidad financiera del sistema, frente a la primera se debe diferenciar la expectativa legítima del derecho adquirido, ya que la mera expectativa esta en vía de cumplir los requisitos de ley, por lo tanto, negar la ineficacia no vulnera el derecho adquirido debido a que no lo hay. Frente a la sostenibilidad financiera indica que la Corte Constitucional ha manifestado que nadie puede resultar subsidiado de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los demás afiliados, ya que se descapitalizaría y pone en riesgo el régimen pensional al que pertenece Colpensiones. Que hay que observar la prescripción extintiva, pues este va de la mano de la sostenibilidad financiera del sistema. Que se está vulnerando el principio de confianza legítima, ya que se está aplicando en materia de asesoría de pensional, normas que no existían en el momento del acto que se está juzgando. Y que la carga dinámica de la prueba no puede aplicarse de forma genérica sin ninguna ponderación, pues si bien se conoce el lineamiento de la Corte Suprema de Justicia, el cual manifiesta que está en cabeza de la parte demandada, este contradice la filosofía general del derecho.

De igual forma, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos de conclusión, expuso que el demandante dejó pasar la oportunidad para trasladarse al RPM administrado por COLPENSIONES, como lo establece la ley 100/1993 artículo 13 literal e modificado por la ley 797 de 2003 artículo 2. Y que se deben analizar las sentencias C-596 de 1997, C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, en materia de traslados, destacando la Corte Constitucional que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

- ✓ DEMANDANTE:

Señaló en sus alegatos que quedó probado que PROTECCIÓN S.A. incumplió con la debida diligencia en el ofrecimiento de los productos y servicios al demandante, pues no se le dio información cierta, suficiente, transparente,

clara y oportuna sobre lo que implicaba el traslado, sobre las nuevas condiciones en el RAIS. Y que incumplieron el deber del buen consejo, incumpliendo así con su propio reglamento en el cual se establece las obligaciones como administradora.

CONSIDERACIONES

Los **problemas jurídicos** a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación del señor RICARDO ÁLVAREZ RIVAS 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 el fondo privado; **iii)** la devolución o no del bono pensional; **iv)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; y **v)** las costas procesales impuestas a PROTECCIÓN S.A.

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, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que, en el año 1996, le hicieron una visita por parte de PROTECCIÓN S.A. en la compañía donde el laboraba, y le manifestaron que el ISS se iba a acabar, por los que les convenía pasarse a un fondo privado que se podrían pensionar mejor que en el ISS. Que no les hablaron claramente de los beneficios o perjuicios, solo fue al auditorio para trasladarse y firmó el formulario. Que la reunión fue individual. Que le informaron que se podrían pensionar anticipadamente y con más plata que en el ISS. Que hace 4 años se dio cuenta a través de la información de las noticias y de la gente cercana de lo desventajoso del traslado. Que cuando iba a cumplir los 52 años, lo citaron en PROTECCIÓN S.A. y basaron su

reasesoría que, si él podía garantizar el mismo promedio salarial hasta pensionarse, por lo que al sentir temor de no poder garantizarlo, le manifestaron que debía quedarse en PROTECCIÓN S.A. Que nunca recibió una comunicación por parte de que el ISS se iba a acabar ni se acercó a una oficina de esta entidad para corroborar esa información. Que para la época de traslado no era consciente de las ventajas y desventajas de trasladarse de un régimen a otro. Que en la empresa le informaron que tenía una cita programada con PROTECCIÓN S.A. y que tenía 15 o 20 minutos para ir hacerlo, pero no recibió amenazas o presiones, como tampoco por el asesor, solo lo llenó de miedo porque el ISS se iba a acabar. Que firmó el formulario de manera libre y voluntaria. Que sabe que existe un valor más alto de su mesada en COLPENSIONES que en PORTECCIÓN S.A. Que, si ha recibido los extractos de la cuenta individual, y que ha mirado los rendimientos causados. Que no se acercado a PROTECCIÓN S.A. a solicitar información adicional. Y quiere trasladarse porque se dio cuenta de mucha información no era cierta.

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.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que anexó el documento visible de folios 230 y 280 del expediente digitalizado, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito 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 los formularios 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, 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 puede pasar por alto esta Sala, 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.

Con respecto a la información que se le debía brindar al demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información,

dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS del actor fue el 13 de febrero de 1996, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Una vez analizado el acto primigenio, esta Sala debe señalar que si bien al actor se le realizó una reasesoría el día 4 de diciembre de 2013 (folios 38 y 239), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en el año de 1996, la cual generó la ineficacia, y, por lo tanto, es desde allí que todas las actuaciones no producen sus efectos propios.

En lo que se refiere a los actos de relacionamiento, es necesario volver a repetir que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por PROTECCIÓN S.A. en el año 1996, y no con los actos posteriores; decisión que encuentra

sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

*“Por último, considera también la Sala que **la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).**”* (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A., 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 el fondo 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 las apelaciones y 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.”*, sin que sea de recibo por parte de esta Sala el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que 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 a 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”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, partiendo del principio de la sostenibilidad financiera del sistema, y al ser la sentencia revisada en grado jurisdiccional de consulta, **PROTECCIÓN S.A.** además de lo ordenado por la juez, también deberá trasladar las **cuotas de administración** y la **prima de reaseguro de Fogafín**, y estos conceptos junto con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya ordenados por la juez, deberán ser debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos; y así mismo, deberá devolver 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,

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁷ Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

debiéndose **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **PROTECCIÓN S.A.** incluir en los valores por entregar a COLPENSIONES, estos conceptos

iii. Bono pensional.

En lo que respecta a la orden dada por la juez a PROTECCIÓN S.A. de la devolución del **BONO PENSIONAL** a COLPENSIONES, 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.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, el bono pensional se redimiría el 17 de enero de 2024, cuando el actor cumpla 62 años de edad, y dado que, en la actualidad se desconoce si este ha sido recibido por PROTECCIÓN S.A., lo procedente no es su traslado a COLPENSIONES, sino la restitución del bono a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación, por lo que en este aspecto se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

iv. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, 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; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y

financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

v. Costas procesales.

En relación a la inconformidad del apoderado de PROTECCIÓN S.A. en cuanto al valor de las costas procesales impuestas, lo primero que debe indicarse es que al ser una condena objetiva que se le impone a la parte vencida en el proceso, no es potestativo del operador jurídico imponerlas, ni obedece a un mero capricho, y dado que este fondo privado fue vencido en el proceso, las costas serán a su cargo, como lo definió la juez.

Por otro lado, cabe advertir que la sentencia de segunda instancia no es la oportunidad procesal idónea para pronunciarse sobre la liquidación de las agencias en derecho, toda vez que el artículo 366 del Código General del Proceso, reguló que en materia de costas y agencias en derecho, la liquidación se hará de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, manifestando el mencionado artículo en su numeral 5°, que sólo podrá controvertirse el monto de las agencias en derecho mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. Por tal razón se **CONFIRMARÁ** lo manifestado por la

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

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.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por no salir avante el recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, dividido en partes iguales para cada uno.

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, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, las *cuotas de administración* y la *prima de reaseguro de Fogafín*, que serán debidamente *indexados*, con cargo a sus propios recursos, al igual que los seguros previsionales ya ordenados; de igual forma, 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 **REVOCA** la orden dada a **PROTECCIÓN S.A.**, respecto a la devolución del bono pensional, conforme se dijo en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Las costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

Los Magistrados,


GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Rdo. 05-001-31-05-023-2019-01199
SA 024-22


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Ricardo Álvarez Rivas
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 023-2019-01199
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

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/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 19 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 19 de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO