

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - Nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos. /

HECHOS: El demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; a través de Protección S.A., y posteriormente Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a trasladar a Colpensiones, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a Colpensiones a tenerlo como su afiliado sin solución de continuidad. El Juez A quo, declaró la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional del demandante, los rendimientos, incluidos los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, las cuotas y/o gastos de administración, y, las primas de seguros previsionales, debidamente indexados. Igualmente, condenó a Protección S.A., que traslade las cuotas de administración y seguros previsionales debidamente indexadas; y ordenó a Colpensiones recibir estos valores y homologarlos como semanas cotizadas teniendo al actor como su afiliado para efectos pensionales. (...) Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer qué conceptos está obligada a devolver Protección y Porvenir S.A. a Colpensiones (iii) Revisar si operó la prescripción y (iv) Si la condena a la indexación significa un doble pago al fondo privado.

TESIS: Se debe resaltar que el ejercicio del derecho de libre selección entre administradoras del RAIS no convalida el acto ineficaz, puesto que, ha sido insistente la jurisprudencia en indicar que la carencia de eficacia no es susceptible de saneamiento, en tal sentido se dijo en la sentencia SL-2059-2022, lo siguiente: Por otra parte, respecto a los actos de relacionamiento que plantea la censura, se advierte que esta Sala en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, 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. (...) A partir de lo anterior, encuentra la Sala que no demostró Protección S.A. que cumpliera con su deber de información, por la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en ese sentido se Confirmará la decisión de primera instancia.(...) A partir de lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al ordenar la devolución de todos los conceptos a los fondos privados, siendo la única finalidad de esta orden la de mantener la

sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, pues lo que se busca es que el fondo público reciba de forma íntegra aquellos valores que debieron ingresar a su administración y que por la afiliación declarada ineficaz dejó de percibir y en tal sentido se Confirmará la decisión de primera instancia. ADICIONÁNDOLA para indicar que también deben ser trasladados por parte de Protección S.A., y Porvenir S.A., los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín, durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del actor a cada administradora, en caso de haberse realizado los respectivos descuentos, sumas que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.(...) Así las cosas, la Sala encuentra pertinente y de acuerdo a lo establecido en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, con el fin de que exista claridad en lo concerniente a los traslados que realizará el Fondo en lo referente a los valores y conceptos que se está trasladando, adicionar la sentencia en cuanto que Protección S.A., y Porvenir S.A., al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a Colpensiones, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (...) Por último, en lo referente a la indexación debe decir la Sala que no le asiste razón a Porvenir S.A., en su recurso, toda vez que es relevante recordar que tal orden se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022).

M.P. CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

FECHA: 21/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL

Acta 078

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **OSCAR ALBERTO RAMIREZ CAÑAVERAL** contra **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

El demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; a través de Protección S.A., y posteriormente Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a trasladar a **Colpensiones**, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a **Colpensiones** a tenerlo como su afiliado sin solución de continuidad.

Hechos

El actor fue afiliado al **ISS** hoy **Colpensiones** en junio de 1995, se trasladó al RAIS administrado por **Protección 1 de julio de 1994**, y posteriormente **Porvenir S.A.** el día **29 de julio de 1998**, en el cual permanece.

Antes de su vinculación al régimen privado de pensiones no se le brindó una información personalizada en la que se le informará acerca de las consecuencias del traslado de régimen.

Respuesta Porvenir S.A.

El apoderado manifestó que es cierto que el actor se afilió el 1 de septiembre de 1998, de manera libre y voluntaria, luego de que se le brindó toda la información, clara, precisa y suficiente para ello.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, restituciones mutuas, inexistencia de la obligación y restituciones mutuas.

Contestación Colpensiones

La administradora pública de pensiones a través de apoderado manifestó que es cierto que el actor fue su afiliado, sin que le consten los pormenores de su selección en el RAIS.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, devolución de saldos, imposibilidad de condena en costas, legalidad de actos administrativos, imposibilidad de traslado, compensación, devolución de gastos de administración indexados, compensación.

Respuesta Protección S.A.

El apoderado manifestó que es cierto que el actor se afilió el 1 de julio de 1994, de manera libre y voluntaria, luego de que se le brindó toda la información, clara, precisa y suficiente para ello, siendo su traslado de manera libre y voluntaria.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de recurso públicos, restituciones mutuas, cobro de lo no debido, restituciones mutuas, inexistencia de la obligación de realizar devoluciones.

Sentencia de Primera Instancia

La Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **02 de febrero de 2022**, declaró la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a **Porvenir S.A.** trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional

del demandante, los rendimientos, incluidos los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, las cuotas y/o gastos de administración, y, las primas de seguros previsionales, debidamente indexados.

Condenó a Protección S.A., que traslade dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las cuotas de administración y seguros previsionales debidamente indexadas.

Finalmente, ordenó a **Colpensiones** recibir estos valores y homologarlos como semanas cotizadas teniendo al actor como su afiliado para efectos pensionales.

Esta decisión no la compartió el apoderado de **Porvenir S.A.**, motivo por cual la impugnó en los siguientes términos:

Apoderado Porvenir S.A.

El recurrente solicita que se **revoque** la decisión de primera instancia, en cuando no existen fundamentos facticos ni jurídicos para conceder la indexación de las condenas ordenadas, toda vez que en la cuenta del afiliado se generaron unos rendimientos, que en el RAIS nunca se hubieran dado.

La cuenta de afiliado no tuvo pérdidas y por el contrario se acrecentó con los rendimientos obtenidos, lo que podría entender como ordenar un doble pago.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022. La parte demandante manifestó:

Dentro del presente trámite procesal, no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. (en adelante Protección S.A.) le brindó al señor Ramírez Cañaveral una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional. Tampoco existe prueba alguna que demuestre que Protección S.A. le haya entregado un plan de pensiones o el reglamento de la administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

Y es que bien, Protección S.A. nunca le efectuó a mi poderdante un cálculo, cuadro o proyección comparativa mediante la cual pudiera explicarle la forma de pensionarse en uno u otro régimen pensional, o los requisitos y las variables usadas para liquidar su pensión. No le informó sobre el derecho de retracto. Tampoco se probó en ningún modo que se le Página 2 de 4 haya informado que tenía una prohibición legal para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida faltándole 10 años para cumplir la edad pensional. Todos estos elementos objetivamente permiten concluir, en primera medida, que Protección S.A. no cumplió con los deberes de información y transparencia conforme lo exigían para la época el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y el Decreto 656 de 1994, y, en segunda

medida, que la decisión que tomó el señor Ramírez Cañaveral no se hizo de manera informada y por tanto, en el momento de su traslado de régimen pensional a Protección S.A. no se cumplió con lo establecido en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, en cuanto esta norma establece que las afiliaciones a cualquier régimen pensional deberán realizarse de manera libre y voluntaria por parte del afiliado; por supuesto, esa libertad y voluntad no pueden entenderse, ni verificarse, sin consideración a un verdadero consentimiento informado.

Las administradoras de fondos de pensiones desde su nacimiento con la Ley 100 de 1993 y hasta la actualidad, han tenido la obligación de cumplir con los deberes de información y buen consejo para con sus afiliados o potenciales afiliados. Esta obligación debe cumplirse antes, durante y después de la afiliación. Del deber de informar se desprende que la información debe ser veraz y completa, mostrando ventajas y desventajas de la afiliación o traslado. Del deber de buen consejo emana la obligación de que esa información sea oportuna, clara y comprensible al afiliado (asimetría de la información) de modo tal que aun cuando la información desestime la afiliación o traslado, la AFP debe brindarla y aconsejar no realizar el traslado. El acto de afiliación es un acto propio de la llamada responsabilidad del profesional, cuyo principal efecto para el caso en concreto, consiste en que se traslada la carga de la prueba, siendo obligación de las administradoras de fondos pensionales, probar que brindaron la información y asesoría al afiliado. El incumplimiento de los deberes de información y buen consejo por parte de las administradoras de fondos pensionales constituye un engaño que debe llevar a la declaratoria de ineficacia del traslado pensional.

Si nos fuéramos a las etapas de información que desarrolló la M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo en la SL1452 de 2019, y bien argumentó la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en su respuesta a la demanda, el presente caso se circunscribe a la etapa 1 (desde 1993 y hasta 2009), donde el deber con el afiliado Ramírez Cañaveral era: información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, esto es, el régimen de prima media con prestación definida ora por la afiliación a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL en desde 1987, ora por la afiliación al Instituto de Seguros Sociales desde 1995. El reproche expuesto es aplicable tanto a Protección S.A. como a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (en adelante Provenir S.A.), pues el deber de información se predica tanto del fondo inicial como del que recibe posteriormente un traslado horizontal.

En estas sentencias igualmente la Corporación explica que en los casos donde se discuta la ineficacia de un traslado de régimen pensional, no se trata de que el afiliado pruebe o no la existencia de un vicio del consentimiento, sino que corresponde al Juez verificar si existió o no una debida información y asesoría por parte de la administradora de fondos de pensiones al afiliado, en el momento de su vinculación o traslado. Carga de la prueba que, como se señaló anteriormente, corresponde siempre a la administradora por tratarse de la parte que se encuentra en mejor posición para probar. Finalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha proferido sentencias extraordinarias favorables al afiliado, en donde se han casado fallos de los Tribunales Superiores del Distrito, y se ha declarado en sede de instancia la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo anterior, en casos donde la persona no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía un derecho consolidado o una expectativa legítima al momento del traslado. Puede observarse por ejemplo la reciente sentencia SL 4336-2020 Página 4 de 4 proferida el día 4 de noviembre de 2020 dentro de la radicación 77.804, y con ponencia del Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero.

Alegatos Porvenir S.A.

En este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita; b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes del Código Civil, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto. Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando “un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.” Pese a lo diáfano de las normas, la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto- y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional. En este asunto, NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado. Cabe resaltar que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le GARANTIZÓ a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley, así lo acredita entre otros, la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

La parte demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos - en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante- pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mi representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia. Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la parte demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el querer -eventual, futuro, en ciería- de las leyes fue colocar en “cabeza de las administradoras” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se le traslada también a las AFP la responsabilidad del acto personal de lo entendido- un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

La primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos -a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales», como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

En forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional –se insiste no existe norma que prevea tal situación, ya que lo más aproximado es la ineficacia de la afiliación con las sanciones administrativas que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió. De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

En el evento de considerar que el “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuanto no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia) administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitamos AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente En ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD. Resulta ilustrativo mencionar que, el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-00234-01, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

Luego, ordenar que Porvenir S.A., indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir del acto jurídico informado que celebró la parte demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Protección y Porvenir S.A.** a **Colpensiones** (iii) Revisar si operó la prescripción y (iv) si la condena a la indexación significa un doble pago al fondo privado.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. El señor **Oscar Albeiro Ramírez Cañaverl** fue afiliado al **ISS** hoy **Colpensiones** en el mes de junio de 1995.
2. El actor se trasladó al RAIS administrado por **Protección S.A.**, el **1 de julio de 1994**.
3. Se trasladó a **Porvenir S.A.**, el **1 de septiembre de 1998**.

Efectuadas las anteriores anotaciones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL-755-2022.

En las providencias citadas 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 a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) 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 a través de **Protección S.A.** se hizo efectivo el día **1 de julio de 1994**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en 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, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado 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.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante 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.

En lo que respecta al caso de autos, **Protección S.A.** al contestar la demanda y en el recurso indicó que antes de efectuarse la suscripción del formulario de traslado, le suministró al actor una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, sin embargo, consultado el expediente no se advierte prueba alguna que permita establecer que existió una información calificada al momento de la vinculación.

De otro lado, se debe resaltar que el ejercicio del derecho de libre selección entre administradoras del RAIS no convalida el acto ineficaz, puesto que, ha sido insistente la jurisprudencia en indicar que la carencia de eficacia no es susceptible de saneamiento, en tal sentido se dijo en la sentencia SL-2059-2022, lo siguiente:

Por otra parte, respecto a los actos de relacionamiento que plantea la censura, se advierte que esta Sala en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, 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.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que no demostró **Protección S.A.** que cumpliera con su deber de información, por la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en ese sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia.

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia **condenó** a **Protección S.A. y Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los gastos y/o cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, orden que para la Sala es claro que durante el periodo en que el actor estuvo vinculado al RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, por lo que precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto del que se le privó de recibir como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Ahora, en lo que refiere a lo pagado por ii) seguros previsionales por parte de la AFP del RAIS, debe indicarse que de autorizarse descuento alguno por este concepto se estaría disminuyendo el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones demandados con cargo a su propio patrimonio.

Ahora bien, siendo este un aspecto revisado en el grado de consulta 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 a 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.

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.

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.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

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.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al ordenar la devolución de todos los conceptos a los fondos privados, siendo la única finalidad de esta orden la de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, pues lo que se busca es que el fondo público reciba de forma íntegra aquellos valores que debieron ingresar a su administración y que por la afiliación declarada ineficaz dejó de percibir y en tal sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia.

ADICIONÁNDOLA para indicar que también deben ser trasladados por parte de **Protección S.A., y Porvenir S.A.**, los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín, durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del actor a cada administradora, en caso de haberse realizado los respectivos descuentos, sumas que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.

De otro lado y al conocer en consulta la Sala encuentra pertinente y de acuerdo a lo establecido en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, con el fin de que exista claridad en lo concerniente a los traslados que realizará el Fondo en lo referente a los valores y conceptos que se está trasladando, **adicionar** la sentencia en cuanto que **Protección S.A., y Porvenir S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la condena a indexación

⁶En 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.

⁷Respecto 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.

Por último, en lo referente a la indexación debe decir la Sala que no le asiste razón a Porvenir S.A., en su recurso, toda vez que es relevante recordar que tal orden se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, 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. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Porvenir S.A.** por ser desfavorable el recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 365 del CGP. Las agencias en favor del demandante se fijan en **\$1.1300.000.**

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por la Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, el día **02 de febrero de 2024**, en el proceso ordinario laboral adelantado por **OSCAR ALBERTO RAMIREZ CAÑAVERAL** contra **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.**

ADICIONÁNDOLA para indicar que también deben ser trasladados por parte de **Protección S.A., y Porvenir S.A.**, los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín, durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del actor a cada administradora, en caso de haberse realizado los respectivos descuentos, sumas que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.

ADICIONAR la sentencia en cuanto que **Protección S.A., Porvenir S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Costas en esta instancia a cargo de **Porvenir S.A.** por ser desfavorable el recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 365 del CGP. Las agencias en favor del demandante se fijan en **\$1.1300.000.**

La anterior decisión se notifica por **EDICTO.**

Los magistrados



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO