

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El primero (01) de diciembre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **ABELARDO DE JESÚS RODRÍGUEZ VALDÉS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-005-2021-00314-01.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos,

1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor, que nació el 23 de agosto de 1959, e inicio a cotizar en el RPM en la Caja Nacional de previsión (en adelante CAJANAL) desde el mes de enero de 1981, hasta el mes de julio del año 2004, que fue afiliado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.

Narra que al momento de la afiliación al RAIS, no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para pensionarse.

Expone que en la asesoría que le brindó el agente comercial del fondo privado, no se tuvieron en cuenta sus condiciones particulares, y el agente comercial solo se limitó a informar sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos.

Indica que no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliado en el RAIS frente al RPM, y que aun así se realizó la afiliación sin informarle el monto de la mesada pensional en el RAIS y, que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado.

Aduce que el 27 de enero de 2021, envió a COLPENSIONES solicitud de afiliación al Sistema General de Pensiones y la autorización de traslado al RPM, pero dicha entidad en respuesta a la solicitud manifestó que no es viable realizar el traslado de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 en el artículo 13 literal B.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento del demandante al momento de afiliarse a la AFP PORVENIR S.A.

Consecuencialmente declaró que la afiliación al RPM del actor no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculado al Sistema General de Pensiones.

Seguidamente condenó a PORVENIR S.A., a que, dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade con destino a la COLPENSIONES el 100% de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a PORVENIR S.A., y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.

Asimismo, condenó a COLPENSIONES a recibir los aportes que PORVENIR S. A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS por el demandante, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

Para fulminar condena, la a quo argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de la AFP de demostrar que efectivamente entregó la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que haya cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado del demandante a PORVENIR S.A.

Indica que en el presente caso está demostrado que el demandante estuvo afiliado a CAJANAL desde el 19 de enero de 1981 y en actualidad está afiliado a la AFP PORVENIR S.A a pesar de que no obra formulario de afiliación, pero se entiende que dentro del trámite de vinculación a la rama judicial fue afiliado a PORVENIR S.A después de reingresar a la rama judicial, es decir que sí existió un traslado de régimen pensional.

Frente a la particularidad de que el demandante no es una persona que hubiere pasado por COLPENSIONES sino que estuvo en la extinta Caja de Previsión Social CAJANAL EICE, adujo la juez, que CAJANAL también hizo parte de las entidades que administraron el RPM y que en la actualidad quien lo administra es COLPENSIONES, por lo tanto le existe derecho al demandante de regresar a su régimen primigenio, y en la actualidad como no es posible que él regrese nuevamente a CAJANAL por razones obvias, teniendo en cuenta el Decreto 2196 del 2009 se debe tener a COLPENSIONES como su caja en el RPM porque su administradora original antes de 1994 era CAJANAL.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental imprescriptible.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., argumentando que no le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado aduciendo una supuesta falta de información, cuando no le era obligatorio a PORVENIR S.A. brindar información conforme a documentos en el momento de la asesoría, pues dicha obligación nace a partir del año 2014 con la Ley 1748 de 2014, que entró en vigencia el 26 de diciembre de la misma anualidad. Arguye, además, que se debe tener en cuenta que con posterioridad al año 1994 la Superintendencia Financiera de Colombia profirió una circular mediante la cual indicó que se entendía no solamente valido sino, correctamente emitido el consentimiento de los afiliados al vincularse o trasladarse de régimen pensional con la sola firma del formulario de afiliación.

Argumenta que no le haya sustento al fallo de instancia en cuanto a que se le solicita a que PORVENIR S.A. cumpla con el deber de información conforme al precedente jurisprudencial que no existía para la época en que se trasladó el demandante, por lo que le era totalmente imposible a PORVENIR S.A. brindar una información conforme a dichas características, y para la época tampoco existía un pronunciamiento de la CSJ referente al formulario de afiliación.

Relata que no se encuentra acreditado que PORVENIR S.A. haya faltado al deber de información por no haberla suministrado información conforme a un precedente jurisprudencial que no existía y por no haber aportado documentos que probaran la asesoría brindada, en razón a que era documentos que no existían ni eran exigibles en la época en que se realizó el traslado de régimen pensional.

Considera que tampoco es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, porque de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en el RPM también se destina el 3% de la cotización de los afiliados a gastos de administración, de pensión de invalidez y sobreviviente. Precisa que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, y que la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020 expresó de manera clara que en los eventos en donde se pretenda la declaratoria de ineficacia los únicos dineros que deben ser trasladados a COLPENSIONES son las cotizaciones con sus respectivos rendimientos, es decir que no hace mención ni de los gastos de administración, ni de las primas de seguros previsionales; por lo que devolver dichas sumas de dinero configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de la codemandada. Tambien

aduce que en el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993 se menciona los dineros que se deben trasladar cuando hay un cambio de régimen pensional como son las cotizaciones y los rendimientos, por ello se debe entender que los gastos de administración son una contraprestación a la excelente gestión de PORVENIR S.A. con la generación de los rendimientos, que en efecto sí se le están devolviendo al demandante.

Finalmente, manifiesta que tiene que declararse la prescripción sobre los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y sobre cualquier otro tipo de dinero porque son dineros que no le pertenecen al afiliado en ninguno de los dos regímenes pensionales en tanto que no financian la prestación económica de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada judicial de Colpensiones allegó escrito de alegatos de conclusión, en el cual señaló resumidamente que solicita analizar nuevamente lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita al despacho tener de presente que el error, la fuerza y el dolo, es decir, los vicios del consentimiento deben ser probados, no simplemente referenciarse que los mismos se presentaron. En el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con los testimonios brindados, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al Régimen de ahorro individual no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que como se dijo han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y más aún que no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedo probada mala fe por ninguna de las partes, pero la buena fe solo se le

reconoce a la parte actora existiendo claramente un vacío en la decisión adoptada por el Juzgado en primera instancia.

El artículo 1502 del código civil claramente establece lo que es el consentimiento, el cual según el desarrollo del proceso no se ha logrado probar que allá sido violentado y por tal viciado de ineficacia alguna.

La parte actora es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del código civil, ya que en el plenario no se acreditó lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas.

Es importante resaltar en este punto que el desconocimiento de la ley en Colombia no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado y por el contrario existe un gran vacío al respecto. Así pues, el error alegado y aceptado por el Juez quinto Laboral claramente se desvirtúa, no existe prueba que permita tener como cierto lo afirmado en la demanda.

Ahora bien, si esta honorable corporación considera procedente la teoría de la ineficacia concedida por el aquo, se solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, conforme las sentencias SL 1421, SL 1452 y SL 1688 todas del año 2019.

Así las cosas, se solicita en primer lugar revocar la sentencia de primera instancia y en segundo lugar, de forma subsidiaria se solicita en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora, incluyendo con ellas la devolución de los gastos de administración así como todo lo descontado por pólizas provisionales debidamente indexado.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo,

en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S. A, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que,

además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliado a CAJANAL, según el acta 20081205 emitida por esta entidad y aportada por PORVENIR S.A en la contestación de la demanda visible a folios 131 a 134 del documento 19 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 15 de enero de 2006, con efectividad el 16 de enero de 2006 como se anota en el certificado del SIAFP que milita a folio 79 del expediente (Documento 16 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 2006 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 1:57:03 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (Documento 25 del expediente digital), manifestó que lo desvincularon de CAJANAL por una calificación insatisfactoria a nivel laboral, en el año 2001 que se reintegró a la rama judicial y fue afiliado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. a través de la modalidad de envío de formulario pues nunca recibió asesoría por parte de la AFP HORIZONTE. Las anteriores manifestaciones del actor no implican confesión que se le hubiese brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no expresa que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, y contrario a lo manifestado por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de el *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 2006 cuando se trasladó de CAJANAL a la AFP PORVENIR S.A.

Es importante señalar que si bien en este caso para la fecha en que se realiza el traslado o a afiliación del actor al RAIS éste registraba solamente afiliación anterior a CAJANAL, lo cierto es que al ordenarse la liquidación de esta entidad, conforme al artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, quienes estuvieron afiliados a esta Caja a la data de su liquidación, deberían ser trasladados al extinto ISS, razón por la cual, la decisión de la *a quo* de ordenar el regreso del accionante al RPM a través de COLPENSIONES y la devolución de los aportes pensionales efectuados en el RAIS, a esta entidad, es acertada.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales el *a quo* determinó que PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el 100% de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados, encuentra la Sala que la orden impartida por el *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, la misma debe ser CONFIRMADA, es decir, que la AFP deberá devolver a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Asimismo, es importante recordar que al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de PORVENIR S.A. en la apelación, que el artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladado cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos, tal norma legal lo que regula es las devoluciones de cotizaciones en los casos de definición de traslado voluntario

de régimen pensional, que no puede ser aplicada a este caso, en el que se define es la ineficacia del traslado al RAIS, por falta de la debida asesoría por parte de las AFP.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

De otra parte, la Sala no comparte el argumento de PORVENIR S.A. en su apelación, en cuanto a que la devolución los dineros descontados por concepto de administración y fondo de garantía de pensión mínima, está afectada por la prescripción, toda vez que la obligación de restituir estos conceptos se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no es procedente la prescripción.

En lo concerniente a la solicitud de COLPENSIONES en los alegatos que la devolución de los gastos de administración, así como todo lo descontado por pólizas provisionales se reintegren debidamente indexados, se observa a folio 13 que en la contestación de la demanda por parte de COLPENSIONES, efectuó solicitud en tal sentido, por lo que este asunto hace parte del litigio en este proceso, indexación que es procedente, pues el porcentaje descontado de la cotización como cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima no han devengado los intereses del resto del porcentaje de la cotización que sí va al cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que es justo equitativo que sean devueltas indexadas.

Respectó de la forma de devolución del porcentaje de cuota de administración incluido el de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, la SCL de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1689-2019 indicó lo siguiente:

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

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

En razón a lo anterior, se ordenará que los porcentajes de cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sean reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

Finalmente, respecto de la afirmación en los alegatos de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de noviembre de 2021 proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ABELARDO DE JESÚS RODRÍGUEZ VALDES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, ADICIONÁNDOLA en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., que los porcentajes de cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sean reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e229d0df941ba339e0b550d5eb01aeafa40d7aee9d07b26896b7dcbc2b58b633**

Documento generado en 01/12/2022 02:33:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>