

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Para representar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se le reconoce personería a la doctora Juliana Araque Quiroz identificada con cédula de ciudadanía 1.035.868.274 y tarjeta profesional 293.693 del Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 0001 31 05 007 2020 00065 01, promovido por la señora **MARÍA DEL PILAR GALVIS** en contra de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - COLFONDOS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. - PROTECCIÓN** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y de Colpensiones frente a la sentencia

emitida el 19 de julio de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de emergencia, económica, social y ecológica”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **326**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La señora María del Pilar Galvis demandó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a Colfondos, a Protección y a Colpensiones pretendiendo se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por Colfondos y por Protección, y como consecuencia, se disponga el restablecimiento de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de todos y cada uno de los aportes con los correspondientes rendimientos y sin ningún descuento por cuotas de administración, la validación de estos aportes por parte de Colpensiones, y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que nació el 25 de diciembre de 1963. Estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde junio de 1987 hasta junio de 1994. *Indica que se trasladó a Protección en julio de 1994, luego a Colfondos en febrero de 1999, después a Protección en marzo de 1999, retornó a Colfondos en noviembre de 1999, y finalmente en octubre de 2013 se vinculó a Horizonte, hoy*

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Aduce que se cambió de régimen sin ningún tipo de información respecto de las características de cada uno, ventajas y desventajas o un análisis de su caso específico, pues le explicaron que al trasladarse, las condiciones para acceder a su pensión de vejez serían más favorables que en el RPMPD, y que no perdería sus semanas. En octubre de 2019 solicitó ante Colpensiones, Protección y Colfondos el traslado de régimen y la retroactividad de la afiliación.

En sentencia proferida el 19 de julio de 2022 el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia del traslado de la señora María del Pilar Galvis al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por Colfondos y por Protección, entendiéndose que la demandante ha estado afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y ordenó: i) A la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, con destino a Colpensiones, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros y cuotas de administración, exceptuando la prima de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, y ii) A Colpensiones recibir de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la accionante, y condenó a los fondos privados a pagar las costas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no comparte la decisión de primera. Primero, porque no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia, debido a que la AFP cumplió con el deber de información establecido para la época, manifestando la asegurada su voluntad en el formulario de afiliación, el cual constituye prueba suficiente de su decisión de traslado, documento que fue revisado y aprobado por

la Superintendencia Financiera de Colombia. Segundo, porque no hay lugar a la devolución de las cuotas de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues son descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y su reintegro generaría efectos retroactivos de una vinculación que sería hacia el futuro, afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Y tercero, porque lo deducido por cuotas de administración ha generado rendimientos en favor de la afiliada.

La apoderada de Colpensiones aspira a la devolución del 100% de la cuenta de ahorro individual, esto es, que además de los aportes, rendimientos y el valor descontado para el fondo de pensión de garantía mínima, se trasladen también los valores descontados por cuotas de seguros previsionales y todos los valores de administración, sumas que por demás deberán ser debidamente indexadas. Asimismo, solicita ordenar a Protección y a Colfondos a que trasladen a su vez los valores descontados por cuotas de seguros previsionales y gastos de administración a que hubo lugar durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dichas AFP, con la respectiva indexación. Lo anterior poniendo de presente que la ineficacia resulta inoponible frente a terceros de buena fe como es en este caso Colpensiones, y como mecanismo protector del principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reforma pensional en el RPMPD.

Frente al recurso promovido por la apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad los Artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en escrito de alegatos de conclusión hace referencia a las mismas consideraciones del recurso de alzada e indica que la motivación que la accionante tuvo para iniciar el presente proceso es de carácter económico, toda

vez que no vio satisfechas sus expectativas sobre el eventual monto de su mesada pensional.

La apoderada de Colpensiones presentó dentro del término legal escrito de alegatos de conclusión, alude a los argumentos del recurso de apelación. Y precisa que la declaratoria de ineficacia carece de viabilidad, pues en este juicio no se probó la existencia de vicio en el consentimiento alguno. Que la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. Y que la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la actora se torna ineficaz, como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problemas jurídicos asociados, si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

CONSIDERACIONES

Esta Sala se acoge al precedente jurisprudencial pacífico, que en temas en un principio de nulidad y posteriormente de ineficacia, ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia con ya 14 años de desarrollo, esto es, desde las sentencias 31989 y 31214 de 2008, cuando se analizó la situación que nos convoca bajo la óptica de la *nulidad del acto jurídico*, situación que cambió en cuanto a su consecuencia jurídica a partir de la sentencia SL 12136 de 2014, donde se abordó la *ineficacia*.

La figura de la ineficacia, en materia de elección de un fondo pensional, tiene su sustento en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando hace referencia al hecho que si por cualquier forma se atenta contra el derecho a la afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se dejará sin efecto la afiliación respectiva.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de ING Pensiones y Cesantías, hoy Protección, del Fondo de Pensiones y Cesantías, y de Colfondos, del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo el 2 de junio de 1994 ante ING Pensiones y Cesantías, hoy Protección, la vinculación posterior el 7 de abril de 1994 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., luego la afiliación el 29 de marzo de 1999 a Colpatria, luego Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., después el cambio el 26 de noviembre de 1999 a Colfondos, y el retorno el 27 de agosto de 2013 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su Decreto Reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, decreto 663 de 1993 en su artículo 97, al igual que el decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan, razón por la cual no se comparte lo expuesto por la apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en su recurso de alzada, cuando aduce que para el momento del traslado no existía norma jurídica que estableciera obligaciones específicas a las administradoras de fondos de pensiones respecto al suministro de información.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multitudada figura de la *ineficacia*, esta no es susceptible de saneamiento, a más que lo se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por la asegurada el 2 de junio de 1994 ante ING Pensiones y Cesantías, hoy Protección, la vinculación posterior el 7 de abril de 1994 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., luego la afiliación el 29 de marzo de 1999 a Colpatria, luego Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., después el cambio el 26 de noviembre de 1999 a Colfondos, y el retorno el 27 de agosto de 2013 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por tanto, el estudio debe de centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información de dicho momento lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento del traslado de la actora: “Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicios claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado” y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: “...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de

pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado...”, por lo que la Honorable Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que a la señora María del Pilar Galvis, no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al respecto es lo narrado por la actora en interrogatorio de parte, donde advierte que se trasladó a Protección porque en ese entonces Davivir le prometió que al trasladarse de régimen se pensionaría con el 100% del promedio de los salarios de los últimos 10 años y que con el ISS máximo se podría pensionar solo con el 50%, que no le mostraron ninguna proyección de la posible mesada pensional al momento de la afiliación y que se le prometió que los trámites al momento de solicitar su mesada pensional serían más céleres ya que en el ISS se le podrían tardar hasta dos años. Y que realizó traslados horizontales entre fondos debido a que no veía reflejado el bono pensional proveniente del ISS.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación o traslado, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; “...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia “...en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”.

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en un formulario de traslado de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de traslado de régimen.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

Contrario a lo afirmado por la apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así tenga la constancia que su suscripción y elección ha sido libre y voluntaria, de modo alguno suple el deber

de información que tenía a su cargo el Fondo Privado, pues a Juicio de la Sala allí no consta que la información entregada al ciudadano cumpla con los mandatos legales contenidas en los Decretos 663 de 1994, artículo 97, y 720 de 1994, en su artículo 12.

En criterio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, “...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...” (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

Esta Sala, acoge el planteamiento en la medida que se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia petitionada. Además, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al régimen de ahorro individual por parte de la asegurada a Protección a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Colfondos, se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

La apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no comparte la orden de devolución de los gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. En tanto la apoderada de Colpensiones aspira a la devolución de todos dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, primas previsionales, porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima rendimientos y utilidades. Al respecto precisa la Sala que las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos generados por éstos en cada uno de los Fondos Privados, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión

mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, los cuales deben asumir las AFP con cargo a sus propios recursos, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a aquellas, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho. (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido debido a la afiliación, "...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...". En tanto que "...al haber sido una 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..." (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones.

Es importante relieves como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió reciente y puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

"...De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo

trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional...”.

Lo anterior deja claro, que el hecho de “una buena gestión y administración de recursos” expuestos por la apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el recurso de alzada, no es eximente de la devolución de la totalidad de recursos que haya recibido en virtud de la afiliación que se declara ineficaz, tratándose de gastos de administración, pues el Fondo privado debe entregar a Colpensiones la totalidad de sumas recibidas por la afiliación ineficaz sin deterioro alguno, como quedó anotado en precedentes.

En consecuencia, se modificará y adicionará el numeral tercero la providencia y se revocará el numeral quinto en cuanto declaró de oficio la excepción de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional a favor de la AFP Porvenir y las demás AFP intervinientes.

En el sentido antes mencionado, esta Sala de Decisión, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colpensiones una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias ente uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de administración, para el fondo de garantía de pensión

mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Tampoco es procedente que sea el administrador, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien asuma los deterioros por cualquier causa de las cotizaciones de los afiliados, pues la ineficacia se causa por la conducta de la AFP privada, dada la omisión del deber de información que le incumbe.

Sumado a lo anterior, y tal y como lo solicita la apoderada de Colpensiones en el recurso de alzada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 2308, Radicado 81630 de 7 de julio, SL 2932, Radicado 71679 de 12 de agosto de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021 precisó que las Administradoras de Pensiones deben devolver a Colpensiones la totalidad de los conceptos objeto de restitución, debidamente indexados, por el periodo en que el asegurado permaneció afiliado a dichas AFP.

Al respecto en la sentencia SL 3709 de 2021, la Corporación mencionada refirió que *“...como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”*.

Razón por la cual se adicionará en este punto la decisión.

Por lo anterior, se itera, así los cobros de los llamados gastos de administración tengan su sustento legal en la Ley 100 de 1993 como lo indica la apelante Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y las mismas se causen igualmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la declaratoria de ineficacia del traslado impone su reintegro al fondo público cuya afiliación es válida.

Adicionalmente, se debe anotar que la regla del artículo 1746 del Código Civil no se limita al caso de pérdidas o deterioros, la misma es una previsión legal adicional a las restituciones a que hubiese legal, y es por ello que se reitera, esta Sala acoge en las restituciones las reglas pacíficas al respecto dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las anteriores referencias de esta providencia, para lo cual además no puede perderse del horizonte que los rendimientos son generados por un capital aportado a título de cotizaciones del trabajador y su empleador.

No tiene asidero lo expuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., cuando aduce en su recurso de apelación, que el incumplimiento de una expectativa pensional no puede ser argumento para la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en razón a que conforme a lo antes expuesto, la declaratoria de ineficacia se da es en razón del no cumplimiento del deber de información por parte de las AFP accionadas, más no a causa del quantum de la prestación o desventaja que pueda representar el traslado declarado ineficaz.

Así mismo, no se comparte por parte de esta Sala de Decisión la postura de la AFP referida cuando alega que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, porque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha precisado que el efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos, lo que implica privar de todo efecto práctico el traslado, esto es, se entiende que el asegurado siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por la entidad cuya afiliación es válida. Que el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular, ello, teniendo en cuenta que la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con

efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Lo cual incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional (Sentencias SL 2877 de 29 de julio de 2020, Radicado 78.677 y SL 2914 de 22 de julio de 2020, Radicado 83.085).

En lo referente a las alegaciones ante esta instancia de la mandataria judicial de Colpensiones, su argumento no tiene vocación de prosperidad para la Sala, toda vez que la prohibición de traslados prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 se refiere a los casos cuando el afiliado acude a tal figura de modo voluntario y frente a un traslado con validez jurídica, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa, pues se trata de una declaratoria judicial de ineficacia.

Ahora bien, se debe ocupar la Sala del análisis de la excepción de mérito de prescripción, la cual fue alegada por las codemandadas. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que desde la existencia del Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia ha sostenido de manera invariable que el derecho a la pensión en sí mismo no prescribe, por ser una prestación social cuyo disfrute obedece al hecho de ser de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, empero prescriben las mesadas o los reajustes pensionales exigibles que no se hubiesen cobrado por su beneficiario dentro del lapso trienal previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Sentencias de 18 de diciembre de 1954; y 18 de febrero de 2005, Radicado 21.378).

Adicionalmente, en la Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: **i)** que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación; **ii)** que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de su reconocimiento; **iii)** que los hechos o estados jurídicos no prescriben, “a

diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello”; y **iv)** que esta última tesis cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, porque la sentencia que la declara, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las codemandadas, se reitera, por encontrarse en estudio el tema bajo los presupuestos de la ineficacia.

DE LAS COSTAS

Las costas en la primera instancia corren en favor de la señora María del Pilar Galvis y a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de Colfondos y de Protección.

Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en esta instancia corren en favor de la demandante y a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

En esta instancia se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.000.000.

Sin costas a cargo de Colpensiones ante la prosperidad parcial del recurso de alzada.

Así las cosas, se confirmará, modificará y adicionará la providencia que se revisa en apelación y consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

PRIMERO: Modificar y adicionar el numeral tercero de la providencia, así:

Se condena: A la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a Colfondos y a Protección a trasladar a Colpensiones, además de los aportes que recibió con motivo de la afiliación de la señora María del Pilar Galvis, esto es, los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual; los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo, los gastos u cuotas de administración de la cuenta, las sumas adicionales de la aseguradora y las sumas dinerarias que correspondan a los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones sin descuento de ninguna índole, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a cada uno de los Fondos Privados, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho.

SEGUNDO: Se condena a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a Colfondos y a Protección, a que el traslado, en favor de Colpensiones de los gastos u cuotas de administración, las sumas adicionales de aseguradora y los dineros de aportes al fondo de garantía de pensión mínima deducidos a la demandante, se haga debidamente indexado, por los periodos durante los cuales la actora permaneció afiliada a dichas AFP.

TERCERO: Condenar a Colpensiones, a recibir de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de Colfondos y de Protección los valores aludidos en el inciso primero del anterior numeral, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante.

CUARTO: Revocar el numeral quinto de la sentencia en cuanto declaró de oficio la excepción de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional a favor de la AFP Porvenir y las demás AFP intervinientes.

QUINTO: Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en esta instancia corren en favor de la señora María del Pilar Galvis y a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.000.000, para esta instancia.

SEXTO: Confirmar en lo demás la decisión que se revisa en apelación y consulta.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

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

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

Francisco Arango Torres
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: **1e73fb46c763106ee49f08840e8fe4d5a2b5bc45ce522d2c75a82e7def2d95b7**

Documento generado en 15/12/2022 01:22:35 PM

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