

-

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Para representar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones se le reconoce personería al doctor Juan Camilo Polania Montoya identificado con cédula de ciudadanía 43.921.415 y tarjeta profesional 173.191 del Consejo Superior de la Judicatura, en virtud de la sustitución de poder que le confiere la doctora Eliana Moreno Pedroza.

Para representar a Protección se le reconoce personería a la doctora Laura López Álvarez identificada con cédula de ciudadanía 1.152.466.180 y tarjeta profesional 365.499 del Consejo Superior de la Judicatura, en virtud de la sustitución de poder que le confiere el doctor Juan Pablo Arango Botero.

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, Francisco Arango Torres y Hugo Alexander Bedoya Díaz, este último ante recomposición de Sala en razón de impedimento aceptado del doctor John Jairo Acosta Pérez, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 001 31 05 004 2018 00428 01 promovido por la señora **SYLVIA ESCOVAR GÓMEZ** 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 CESANTÍAS PROTECCION S.A. - PROTECCIÓN**, **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y de Colpensiones frente a la sentencia emitida el 15 de junio de 2022 por el Juzgado Cuarto 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 1º 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 **25**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.²²

ANTECEDENTES

La señora Sylvia Escovar Gómez demandó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a Colfondos, a Protección, a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a Colpensiones pretendiendo se declare la nulidad o en subsidio 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, por Protección y por Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. 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 la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro individual, la validación de estos aportes por parte de Colpensiones y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que nació el 18 de mayo de 1961. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones el 20 de abril de 1988. Se trasladó a Colmena, hoy Protección el 21 de abril de 1994. Posteriormente se vinculó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 30 de mayo de 1997. Retornó a Protección el 1º de diciembre de 2001. Luego se trasladó a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. el 21 de abril de 2007. Después se vinculó a Colfondos en marzo de 2015. Aduce que para el momento del cambio de régimen el fondo privado aseveró que era necesario que se trasladara porque el ISS se iba a acabar, y que no perdería sus semanas. Agrega que no se le brindó ningún tipo de información respecto de las características de cada régimen, ventajas y desventajas o un análisis de su caso específico. El 30 de octubre de 2017, contrató la elaboración de un cálculo actuarial que le permitiera conocer el monto de su mesada pensional a los 57 años en forma comparada entre el RAIS y el RPMPD, percatándose que la diferencia a favor en Colpensiones era del 49.8%. El 21 de febrero de 2018, elevó derecho de petición ante Protección y Colpensiones, con el fin de obtener la ineficacia o nulidad de su traslado de régimen, mismo que fue negado por la AFP, corriendo igual suerte respecto de las peticiones realizadas a los demás fondos privados a los que perteneció. Asimismo, Colpensiones negó lo peticionado aduciendo que se encontraba a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

En sentencia proferida el 15 de junio del 2022 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia del traslado de la señora Sylvia Escovar Gómez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Protección, por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y por Colfondos, entendiéndose que la demandante ha estado afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por

Colpensiones, y ordenó: i) A Colfondos, trasladar con destino a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, con los rendimientos, gastos de administración, seguros y reaseguros y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, ii)) A Protección, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A., trasladar con destino a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los gastos de administración, seguros y reaseguros y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y iii) A Colpensiones recibir Colfondos, de Protección, de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías 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

El apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no comparte la orden de devolución de los gastos de administración. Primero, porque de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el RPMPD se destina 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia. Segundo, porque dichos rubros en ningún régimen forman parte integral de la pensión de vejez, por ello, están sujetos al fenómeno prescriptivo. Tercero, porque, además, pertenecen al fondo privado en retribución de haber aumentado el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, por ende, con su reintegro se estaría configurando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

La apoderada de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. inconforme con la providencia, precisó que no hay lugar a la restitución de las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión

mínima. Primero, porque tales descuentos se encuentran autorizados por la Ley y operan en ambos regímenes Segundo, porque los gastos de administración están destinados a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las AFP, máxime que no financian la pensión de vejez, por lo que su devolución generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Y tercero, porque, no procede la indexación por cuanto los conceptos objeto de reintegro no se han visto afectados por la inflación si no que han generado rendimientos como se observa en el estado de la cuenta de ahorro individual de la asegurada.

La apoderada de Colpensiones considera que el acto jurídico del traslado se materializó con el cumplimiento de todos los requisitos de existencia y validez, cumpliendo las AFP a lo concerniente al deber de información exigido para la época. Precisa que la actora realizó varios traslados entre fondos privados que convalidaron su voluntad de permanecer en el RAIS y que demuestra, además, que conocía los requisitos de cada régimen. Y aduce que pretender un traslado de régimen a portas de adquirir el status pensional atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema.

Frente al recurso promovido por los apoderados de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías 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 demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

El apoderado de Colpensiones presentó dentro del término legal escrito de alegatos de conclusión, precisando que la declaratoria de ineficacia carece de viabilidad, pues en este juicio no se probó la existencia de vicio en el consentimiento alguno. Que, al momento del traslado de régimen pensional, tenía la capacidad de discernir cuál de los dos regímenes le era más favorable,

cuestionando y formulando las respectivas dudas que a bien tuviere, toda vez que en tratándose de un derecho tan importante como el pensional, la obligación mínima exigida para la parte demandante era la de informarse al momento de la suscripción por lo que se considera que su vinculación se dio de manera “libre, espontánea y sin presiones. 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.

La apoderada de Protección, señala que no es dable la devolución de los reaseguros, pues por disposición normativa fueron girados al tesoro nacional, y asumidos por la propia AFP según lo establecido en el artículo 99 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. allegó oportunamente escrito de alegatos de conclusión indicando que en este juicio no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen pensional. Que el formulario de afiliación suscrito por la demandante, es un documento público que se presume auténtico según lo dispuesto en los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A 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 del CGP, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Que no se puede desconocer que Porvenir siempre le garantizó al actor el derecho de retracto, y que no hay lugar a la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b. del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la AFP como lo es Colpensiones, pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

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 15 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 Protección, de la Sociedad Administradora de Fondos de y Cesantías S.A., de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. 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 21 de abril de 1994 ante Colmena Pensiones y Cesantías, hoy Protección, la vinculación posterior el 30 de mayo de 1997 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., luego la afiliación el 25 de octubre de 2001 a Protección, después el cambio el 21 de febrero de 2007 a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y su vinculación el 23 de marzo de 2015 a Colfondos.

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 el apoderado de Colpensiones, 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 multicitada 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 21 de abril de 1994 ante Colmena Pensiones y Cesantías, hoy Protección, la vinculación posterior el 30 de mayo de 1997 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., luego la afiliación el 25 de octubre de 2001 a Protección, después el cambio el 21 de febrero de 2007 a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y su vinculación el 23 de marzo de 2015 a Colfondos, 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 Sylvia Escovar Gómez, 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 Colmena, hoy Protección porque *“...en 1994 me pasé del ISS a Colmena porque en ese momento los asesores de Colmena me dijeron que definitivamente el ISS se iba a acabar, que era un desastre que la plata no iba a alcázar, que era mucho más seguro estar en un fondo privado donde eran los ahorros de uno y no los de los demás que dependían del estado, que iba a saber mucho mas de mi futuro y de lo que yo iba a necesitar y en ese momento me convencieron*

sin contarme las consecuencias, y aquí quiero hacer mucho énfasis porque ni desde ese primer momento hasta el asesor de Skandia jamás me dijeron las diferencias frente a lo que iba a ser la opción de estar en el Seguro Social, ya Colpensiones, en ese momento yo decidí que claramente iba a estar en el sector privado en los fondos del sector privado y me iba a mover entre los fondos privados porque lo otro no iba a ser bueno para mí...”. Manifiesta también que “...me encontraba con más personas recibiendo esa información de Colmena, la información que recibí no fue muy pormenorizada y ninguno de los que estábamos allí entendíamos nada ni de seguros, ni de aseguramientos, pero sí, lo que venían a decir es que primero que todo es que el ISS se iba a cerrar, eso era una flagrante mentira, pero que no nos preocupáramos porque había una gran opción que era la opción de los fondos privados que de los mejores fondos obviamente iba a ser este porque tenían un montón de respaldo institucional de nombre y mostraban el tema individual que en el del gobierno había un poco de plata metida y que no se sabía de donde era ni para donde iba esa plata y que entonces se iba a perder, de verdad le aseguro que lo mostraban muy así, un manejo que uno ni siquiera iba a saber y que en cambio aquí primero que todo íbamos a ganar más pero seguro íbamos a saber siempre cuál era la plata nuestra porque no era como un fondo gigante porque íbamos a ganar más con la plata de nosotros con un muy buen manejo financiero. No nos explicaron cómo se financiaba la pensión en el seguro social...”.

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 el apoderado de Colpensiones, 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.

Ahora, el representante judicial de Colpensiones expone que la actora efectuó varios traslados horizontales, lo que evidencia su voluntad de permanecer en el RAIS.

Al respecto, la Corporación mencionada en la sentencia SL 4420 de 13 de septiembre de 2021, Radicado 80.426 indicó:

“...De los actos de relacionamiento y su rol en los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Dada la importancia constitucional y legal que tiene el derecho a la seguridad social, se ha procurado que las discusiones que surgen bajo su contexto se resuelvan con menos arraigo a las formalidades o protocolos, y más con apego a la intención real que despliegan los afiliados a través de sus actuaciones.

Por ejemplo, en lo concerniente a situaciones como el reporte de novedad de retiro del Sistema, se ha legitimado que, aun cuando no figure la misma dentro de la historia laboral, se entienda que ésta ya se produjo cuando el afiliado o afiliada haya dejado de cotizar por un período considerable. Tal situación supone que de manera tácita la persona se quiso desvincular a través del cese en el pago de aportes (CSJ SL5541-2019).

Análogo escenario se presenta con las afiliaciones tácitas en las administradoras de fondos de pensiones, en donde se realizan aportes por un interregno significativo a pesar de no haber diligenciado previamente un formulario de afiliación. En estos casos, se estima que la persona manifestó indirectamente su intención de estar vinculado en dicha sociedad y, en tal sentido, no puede verse truncado su derecho prestacional por la falta del formalismo como lo es el correspondiente formulario (CSJ SL14263-2015).

Así pues, se advierte que tales condiciones fácticas y que configuran verdaderas expresiones de, no pueden ser ajenas al contexto propio de las discusiones sobre la nulidad de traslado.

Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de la afiliada con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.

Las disquisiciones realizadas en precedente y que versan sobre el rol de los fondos de pensiones, así como del sentido y alcance que tienen frente al deber de información, cobran relevancia justamente cuando se pretende esclarecer si, al momento de tomar la decisión de trasladarse, se contaba con todos los elementos suficientes para tomar la que a su juicio le conviniera.

Por lo tanto, lo que define que un caso se resuelva declarando o no la nulidad, depende del ejercicio probatorio que hayan hecho las partes dentro del proceso a fin de esclarecer si la persona estaba o no debidamente informada. Ello conlleva a sostener, que se trata de discusiones eminentemente casuísticas que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio.

En ese orden de ideas, es posible concluir que, aun cuando no haya certeza de si la persona recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que tenía vocación de permanencia en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,*

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado (negrillas fuera del texto).

A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, pueden considerarse como un acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen.

Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto del funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea continuar en él, aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.

Finalmente, resulta importante destacar que la teoría de los actos de relacionamiento no constituye precisamente un cambio de jurisprudencia o una modificación al criterio asentado por la Sala Permanente frente a los casos de nulidad de traslado que se discuten. Lo anterior, en tanto que ha sido esta Corporación la que ha forjado una línea de pensamiento tendiente a priorizar los comportamientos de las afiliadas respecto de las formalidades que en muchas ocasiones consagra la ley como requisito para constituir un acto jurídico.

En ese sentido, la Sala construye sus fallos y resuelve los escenarios tanto fácticos como jurídicos que en sede extraordinaria se plantean, a partir de las diferentes reglas que se han venido consolidando jurisprudencialmente. Con lo cual, no se trata de ser estáticos ni asumir el rol de

meros repetidores judiciales, sino de entender los diferentes escenarios en los que discurren las controversias laborales y de seguridad social para así darles una solución integral y acorde con los postulados propios de un órgano de cierre...”.

La Sala, no comparte la postura ya referida por el apoderado de Colpensiones, pues si bien la accionante tuvo varios traslados horizontales en el RAIS, que en criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “...*pueden considerarse como un acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen...*”, lo cierto es que a partir de los hechos y del análisis en conjunto de la prueba allegada, se genera para esta Superioridad la certeza de que no existió simetría de la información de parte de los fondos privados coaccionados, es decir, que el asegurado hubiese contado con todos los elementos necesarios y suficientes, con las implicaciones concretas de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro régimen, y con una asesoría focalizada y dirigida, para que en su caso particular tomara la decisión que considerara más beneficiosa.

Esta Sala, acoge 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., a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a Colfondos se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

Los apoderados de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. cuestionan la orden de devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. 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 el apoderado de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías 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 lo que tiene que ver con la orden del *a quo* de reintegrar a Colpensiones el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional al menos el tipo A, y por tal razón, si el bono pensional fue pagado se debe efectuar la devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a Colpensiones, por lo que tal orden será revocada.

En consecuencia, se confirmará y revocará en este aspecto la providencia.

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 ordenó el *a quo*, 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 confirmará en este sentido la providencia, aclarando que, frente a los dineros de la cuenta de ahorro pensional de la actora, y sus frutos y

rendimientos no son objeto de indexación, dado que estos últimos compensan cualquier pérdida de poder adquisitivo a raíz del fenómeno inflacionario.

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 Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías 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.

Conforme a lo antes expuesto, resulta claro, que no se vislumbra enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones como lo indican las coaccionadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en su recurso de alzada.

Así mismo, no se comparte por parte de esta Sala de Decisión la postura de la entidad pública 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).

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).

Además, 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.

La Sala no accede a la prescripción extintiva del reintegro de los gastos de administración y seguros previsionales, invocada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en razón a que aquellas hacen parte de la cotización para pensión, y por tanto hacen parte de esta tornándose imprescriptible al estar relacionada con el derecho pensional del actor, y como se ha manifestado reiteradamente el reintegro de sumas ha de ser completo sin ninguna clase de deterioro, más si con sus intereses y frutos.

DE LAS COSTAS

Las costas en la primera instancia corren en favor de la señora Sylvia Escovar Gómez y a cargo de Protección, de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y de Colfondos.

Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en esta instancia corren en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.160.000.

Así las cosas, se confirmará, revocará y aclarará 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: Revocar el numeral segundo de la providencia en cuanto ordenó devolver a Colpensiones el importe del bono pensional tipo A que se hubiere pagado en favor de la señora Sylvia Escovar Gómez, el cual en caso de haberse redimido debe reembolsarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

SEGUNDO: Aclarar la sentencia que se revisa en apelación y consulta, en el sentido que la devolución de los gastos u cuotas de administración, las sumas adicionales de aseguradora, y las sumas dinerarias que correspondan a los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, se efectuará debidamente indexadas.

TERCERO: 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., de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y de Colpensiones.

Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.160.000, para esta instancia.

CUARTO: 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

Francisco Arango Torres

Hugo Alexander Bedoya Díaz

Firmado Por:

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

Hugo Alexander Bedoya Diaz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 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: **dcab3627e5e0bf1627729aa94c0af1f9c17d2efb94cf011b10c5e34e73f43029**

Documento generado en 09/02/2023 02:15:07 PM

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