

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	Carlos Alberto Cadena García
DEMANDADOS	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 019 Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 3105 019 2019 00406 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 098 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca parcialmente para incluir en restituciones los gastos de administración completos

En la fecha, **veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza, y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la **AFP Porvenir y Colpensiones**, y grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Carlos Alberto Cadena García**, radicado único nacional 05001 3105 **019 2019 00406** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los

Acuerdos expedidos por el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, procede a emitir sentencia, según proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, acta Nro. **016** que se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones del demandante se orientan a obtener la declaratoria de nulidad de su afiliación al RAIS, condenándose a la AFP Porvenir S.A. a restituir todos los aportes realizados al RPMPD administrado por Colpensiones, esto es saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, sin descuento alguno por cuotas de administración; se ordene a Colpensiones a validar y continuar con la afiliación del actor al RPMPD y a recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual. Pide condena en costas para las accionadas.

En sustento de ello afirma que, nació el 23 de agosto de 1959, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en agosto de 1996, y trasladándose a Porvenir S.A., al no haberse brindado una información clara y precisa frente al acto que estaba suscribiendo, ello es, haberlo puesto en contexto acerca de las condiciones de su pensión al terminar su vida laboral, pues, de habersele suministrado la misma se habría concluido que le era más benéfico permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, deber de información que no se agotó con la suscripción del formulario. Afirma que le solicitó tanto a Porvenir S.A., como a Colpensiones el traslado de régimen.

En auto del 15 de julio de 2019 **se admitió** y ordenó dar trámite a la acción; debidamente enteradas de tal actuación las entidades convocadas al trámite allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, admite como cierto el traslado efectuado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, frente a los demás supuestos de hecho esgrime no constarle al ser manifestaciones subjetivas del actor. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de nulidad de traslado de régimen pensional y de la obligación de reconocer la afiliación al régimen de prima media por falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica e imposibilidad de condena en costas.

La AFP **Porvenir S.A.** frente a los hechos manifiesta que no son ciertos y no le constan, indicando que la afiliación de la parte demandante se realizó de forma informada, libre y voluntaria el 01 de agosto de 1996, siendo efectiva a partir del 1 de octubre del mismo año, al haber recibido asesoría de manera verbal en la cual se le brindó una información clara, suficiente y veraz acorde con las obligaciones vigentes para la fecha de traslado, al no haber existido para dicha calenda el deber del buen consejo, así como no era dable tener la asesoría brindada por escrito, y tampoco haber efectuado proyecciones, las cuales por demás no serían acordes a la realidad, por cuanto dependen de circunstancias ajenas a la entidad. Se opuso a las pretensiones que involucran a la sociedad y formuló las **excepciones** de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

La primera instancia terminó con **sentencia proferida por el Juzgado 19 laboral del Circuito**, en la que declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, materializado a través de la AFP Porvenir S.A, y en consecuencia, que para efectos pensionales siempre ha estado afiliado al RPMPMD, ordenando a COLPENSIONES aceptar su regreso o vinculación,

y a la AFP Porvenir S.A., trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, como lo consagra el artículo 1746 del C.C., **sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales**, con destino a COLPENSIONES, debiendo esta entidad recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral. Impuso condena en costas a la AFP Porvenir S.A. fijando el monto de las agencias en derecho y ordenó consulta a favor de Colpensiones.

El juzgador de primer grado, luego de hacer referencia a los puntos decantados por la jurisprudencia especializada sobre el tema y al contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, determinó que al no haberse acreditado probatoriamente por Porvenir S.A., que cumplió con el deber de información que le asistía, el acto de traslado no puede considerarse precedido de una real manifestación de voluntad, siendo entonces ineficaz y de esta manera, se entiende que el demandante permanece afiliado al RPMPD, y le corresponde a COLPENSIONES aceptar el regreso o la vinculación, ordenando a Porvenir S.A. devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, los aportes, cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, comisiones **sin incluir los valores destinados al pago de seguros previsionales**, al entrar en juego un tercero de buena fe, que no tuvo participación en el acto jurídico que se declara ineficaz y por tanto no pueden verse afectados en virtud de la sentencia, adicional a que el actor siempre estuvo cubierto por los riesgos de invalidez y sobreviviente durante el tiempo de su vinculación.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por los apoderados de las demandadas así:

AFP Porvenir S.A., solicita la revocatoria de la decisión al haber cumplido con el deber de información, el cual, se dio en dos momentos, primero, cuando se realizó una reunión, y segundo, cuando el actor firmó el formulario de afiliación, adicional a que de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo que no puede el actor venir a indicar que no se le brindó una buena asesoría, máxime cuando también se han realizado campañas en diarios de alta circulación nacional a fin de que los afiliados se informen sobre el régimen.

Finalmente, y en caso de confirmarse la decisión solicita se exonere de la devolución de las cuotas de administración, en tanto, dicha devolución acarrea un enriquecimiento sin justa causa a favor de colpensiones, y va en desmedro de la sostenibilidad financiera del sistema tal y como lo dijo la Superintendencia Financiera en concepto emitido en el 2020.

Colpensiones, solicita revocar la decisión en tanto la misma va en contravía de la Constitución Política, a más que afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pone en peligro el derecho pensional de los demás afiliados, y va en detrimento del régimen de prima media con prestación definida, adicional a que se trata de un traslado que fue efectuado de manera libre y voluntaria, sin que este precedido de engaño y error, sino de una selección espontánea.

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso **Colpensiones** indicando que el alcance de la asesoría brindada debe mirarse y valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, al no ser dable imponer obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico, pues, tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, de legalidad y el debido proceso, así como

tampoco es posible el desconocimiento del formulario de afiliación, el cual, prueba la voluntad libre del afiliado. Advierte que la afiliación goza de validez, a más que no puede hablarse de un fallo condenatorio cuando al actor lo cobija el principio de autorresponsabilidad de probar los hechos que afirma.

Indica que ordenar un traslado cuando la persona está próxima a cumplir los requisitos para pensionarse, contribuiría al desfinanciamiento del régimen de prima media y pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes, resultando también contrario al principio de equidad, eficiencia pensional cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Solicita que no se impongan cargas económicas adicionales a la entidad.

Porvenir S.A., indica que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, al haber cumplido el fondo con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, al entregársele la información del régimen de ahorro individual con solidaridad, no solo al momento de la suscripción del formulario, sino que se han realizado campañas masivas para la educación del consumidor financiero, y a través de diferentes comunicados de prensa se han puesto en conocimiento los cambios normativos. Aduce que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores a la

afiliación del actor, surgidas a partir del año 2010 y 2014, adicional a que la parte actora tenía el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva que la misma no pueda beneficiarse de su propia culpa o negligencia en su actuar.

Insta para que en caso de confirmarse la sentencia no se condene al traslado de los dineros descontados por gastos de administración, en tanto, los mismos fueron reducidos por mandato legal y tienen una destinación específica, no encontrándose en el patrimonio de la AF, al haber sido destinados a cubrir los gastos en que se incurrió para la generación de frutos o rendimientos los que se ven reflejados de manera positiva en la cuenta del actor, así como para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, adicional a que de ordenarse el traslado de los mismos, se estaría contribuyendo con un enriquecimiento sin causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de la nulidad o ineficacia del acto jurídico. Finalmente, para sustentar sus argumentos, cita el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y consecuente con ello, su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las restituciones económicas por parte de la AFP Porvenir S.A. y los conceptos que estas comprenden.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994 y la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por los actos de relacionamiento o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, arts. 1604 del C. C. y 167 del C. G. del P., la que por demás se juzga al momento del acto inicial, por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019,

SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Sin que sea suficiente la firma de un formulario con leyenda pre impresa, que a lo sumo demuestra un consentimiento, pero no que sea informado, tal como se ha explicado insistentemente por la jurisprudencia especializada, ver entre otras sentencia SL373-2021, en la que indica:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del

Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario.

En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba.

En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en

el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno. Subrayado fuera del texto.

Luego, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, no se avizora en los autos, estando en cabeza del fondo accionado la demostración del cabal cumplimiento al deber de información, siendo su deber legal la conservación de la misma en los términos del artículo 38 del Decreto 692 de 1994, que a la letra dispone: *Las administradoras del sistema general de pensiones deberán mantener para cada afiliado un archivo en donde conservarán la información relacionada con su historia laboral, así como los demás documentos que señale la Superintendencia bancaria. Esta información podrá estar almacenada en microfichas, discos de computador u otros sistemas que permitan reconstruir dicha información, y más aún, si en gracia de discusión se admitiera que se dio en forma verbal, tampoco se trajo ningún medio de convicción sobre el particular, debiendo advertirse que aparte de la inversión de la carga de la prueba art. 167 del C. G. del P. y de la línea de la jurisprudencia especializada que así lo impone, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, sin que se satisfaga tal exigencia como ya se dijo con la suscripción del formulario, que demuestra solo una manifestación de voluntad.*

Así, al brillar por su ausencia medio de convicción sobre la completa y detallada información que se afirma al dar respuesta a los hechos de la demanda, y que contrario al o expuesto en el recurso de alzada no es carga de los afiliados buscar la información, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** dispuesta por la primera instancia, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad, explicándose por la jurisprudencia especializada que en estos casos:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, 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.

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.

Y en relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima dijo:

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y concluye la Corte:

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

Y en sentencia SL 081 de 2021, se reitera:

Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también apareja que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías... deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones... tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, y bajo el entendido que la consecuencia es la ineficacia del traslado, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad.31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

Bajo la misma línea, en decisión CSJ SL1688-2019, se manifestó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (fl. 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Concluyendo:

se impone adicionar el numeral quinto de la misma decisión, con el fin de precisar que, además del capital ahorrado por la accionante, junto con los intereses y rendimientos producidos sobre el mismo, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se encuentra en la obligación de trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones ... los valores correspondientes a los gastos de administración, los cuales, según se expuso en precedencia, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar en la sentencia SL587 de 2021, por lo que acogíendose por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente que en línea mayoritaria sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, no tienen prosperidad las consideraciones del

fallador de primer grado y de la apoderada del apoderado de la AFP Porvenir S.A., tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a *gastos de administración y seguros previsionales*, debiéndose tener en cuenta además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P. en concordancia con la sentencia C 621-2015 y el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en que se exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

Siendo evidente que en este asunto no se satisfacen tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya decididos por la alta corporación es total frente al que aquí se estudia, sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, razón por la que **se revoca parcialmente y adiciona el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, para ordenar a la AFP Porvenir S.A.,** trasladar a COLPENSIONES, **dentro del término de 30 días,** posteriores a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante la vigencia de su vinculación al RAIS, con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen

además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima).

Vale aclarar que en este caso no se está autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la vinculación y movilidad entre administradoras del RAIS, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Al estar en discusión la eficacia del acto jurídico de traslado, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «*de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales*

que gozan del carácter de imprescriptibles», razón por la cual «el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional», al ser «es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social», que redundando en «un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional» no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo y en tales condiciones tampoco se ven afectadas por el fenómeno extintivo las restituciones económicas.

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones** a quienes se desata adversamente el recurso, y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan para cada una de ellas en la suma de \$908.526,00.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca parcialmente y adiciona la sentencia revisada por apelación y consulta**, y únicamente frente a lo proferido dentro del proceso ordinario promovido por **Carlos Alberto Cadena García** en contra de la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, así:

El **numeral 3º de la parte resolutive** para para indicar que la **AFP Porvenir S.A., debe restituir a COLPENSIONES, dentro del término de 30 días**, posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante la vigencia de su vinculación, con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima). **En lo demás confirma la providencia revisada.**

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones** a quien se desata adversamente el recurso, y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan para cada una de ellas en la suma de \$908.526,00.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P., en concordancia con el Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 92** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **28 de mayo de 2021**

Secretario