



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Demandante: MARÍA ADELAIDA NAVARRO ESCOBAR
Demandados: ACP COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 005 2020 00255 01
Sentencia: S-154

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a dar trámite a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín el día 4 de octubre de 2021.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

MARÍA ADELAIDA NAVARRO ESCOBAR demandó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por no habersele proporcionado una información completa

y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Pretende además se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 17 de junio de 1970, inició su vida laboral efectuando cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales cuando laboraba para la empresa CRISTALERÍA PELDAR en enero de 1991, las cuales continuaron hasta el mes de diciembre de 1995. Manifiesta que no ha sido posible conocer la fecha exacta de su traslado al Régimen de Ahorro Individual -RAIS-, puesto que a pesar de que solicitó ante PROTECCIÓN S.A. dicha información, la misma no le fue proporcionada. No obstante, expresa que según la historia laboral su traslado fue en agosto de 1995. Manifiesta que para esa fecha estaba laborando con la empresa CACHARRERIA MUNDIAL en la que fue visitada por asesores de PROTECCIÓN S.A. quienes dieron una corta charla a todos los empleados indicándole que debían trasladarse puesto que el ISS estaba quebrado y no iban a pensionarse. Refiere que nunca recibió asesoría completa, específica, determinada, ni le fue ofrecido ningún tipo de información respecto de los efectos, beneficios y desventajas del traslado que realizaría del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual por parte de PROTECCIÓN S.A, tampoco de PORVENIR S.A. que le permitiera tomar una decisión consciente, libre e informada respecto del acto de afiliación. Por último, indica que solicitó ante las administradoras mencionadas el traslado a Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones; frente a los hechos admite la fecha de nacimiento de la demandante, así mismo que inició su vida laboral realizando cotizaciones al ISS en el mes de

enero de 1991 según se desprende de la historia laboral. Sobre los demás hechos dijo que no le constan por no ser del ámbito correspondiente de dicha administradora. Como excepciones propuso carga dinámica de la prueba, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones -indexados-, prescripción, imposibilidad de condena en costas y compensación.

PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha del nacimiento de la demandante, pero que no le constan los hechos relacionados con la afiliación y las cotizaciones de la actora a Colpensiones y a Porvenir S.A. Niega que no haya dado respuesta a la demandante de la fecha exacta de la afiliación a esa administradora, por cuanto mediante comunicación del 18 de marzo de 2020 se le informó que ello ocurrió el 7 de julio de 1995 y permaneció en esa AFP hasta el 31 de diciembre de 2001, fecha en la cual tomó la decisión de trasladarse a PORVENIR S.A. Refiere que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria a esa entidad, acto precedido de la asesoría adecuada, correcta y oportuna. Niega que se le haya manifestado que el ISS se iba a acabar pues no hace parte de los argumentos de su asesoría. Como excepciones de fondo propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción.

Respecto a la AFP PORVENIR S.A., por auto del 2 de septiembre de 2021 se dio por no contestada la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 4 de octubre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, i) DECLARÓ la ineficacia del traslado de MARÍA ADELAIDA NAVARRO ESCOBAR del RPMPD al RAIS por falta de consentimiento informado; ii) DECLARÓ que la afiliación de la demandante al RPMPD no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculada al Sistema General de Pensiones; iii) CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación de la demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados. En igual sentido, iv) CONDENÓ a PROTECCIÓN S. A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación de la demandante a esa administradora, valores que deberán ser debidamente indexados; v) CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir los aportes que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. le devuelvan como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral; vi) DECLARÓ la improsperidad de los medios defensivos formulados por las demandadas; viii) CONDENÓ en COSTAS a PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma de

\$1.817.052, en proporción de un SMLMV a cargo de cada una de las AFP. ABSOLVIÓ a COLPENSIONES del pago de costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial respecto del traslado a Colpensiones de las sumas relacionadas con el seguro previsional y gastos de administración. Indica que se debe intentar llegar a una condena que resulte congruente con ese efecto que se persigue por las partes, asumir que la afiliación de la demandante al RAIS no existió y que en contraposición se mantuvo vinculada al RPM, en este sentido se debe reconocer que no se ha causado rendimiento en su cuenta de ahorro individual pues es un traslado inexistente, por lo tanto dicha circunstancia también se debería extender a la actividad administrativa sobre las cuentas de ahorro individual, lo que conlleva a que no se ha cobrado la cuota de administración, ni el seguro previsional, por lo que sería procedente trasladar a Colpensiones las cotizaciones integras de la demandante pero sin lugar a condena alguna por concepto de rendimientos. Un segundo panorama es asumir que la afiliación al RAIS no existió, pero considerar que los rendimientos se hubieran podido generar en los mismos términos en COLPENSIONES, sin embargo se debe tener en cuenta que esta entidad también hubiera descontado lo correspondiente a los gastos de administración y seguro previsional, en este sentido sería procedente trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente al capital junto con sus rendimientos pero sin condena alguno por concepto de gastos adicionales. Lo anterior con la intención de que se aplique un efecto uniforme que es la inexistencia, pues aquí se toma como existente los rendimientos, algo accesorio a la afiliación. Agrega que en este caso en el que la demandante se ha trasladado a otros fondos, ya se trasladaron los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual con destino a esa entidad, razón por la cual, no sería procedente emitir condena alguna por gastos

adicionales, pues ello implicaría una aplicación selectiva del efecto que se persigue que es la inexistencia del traslado de régimen. Solicita se modifique la decisión en este sentido y no se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar lo correspondiente a gastos de administración y seguro previsional, pues las sumas de dinero fueron descontadas por ministerio de la ley y en cumplimiento de un deber legal.

La apoderada de PORVENIR S.A. recurre la decisión argumentando que se está declarando una ineficacia de traslado aduciendo un error al consentimiento informado, olvidándose que la demandante se encuentra bajo la prohibición legal contenida en la ley 797 del 2003, pues se observa que dicha AFP para el año 2016 presenta a la actora un comunicado donde le informa la posibilidad de retornar antes de los 10 años, sin embargo, la demandante no acudió a esta actuación. Está probado que PORVENIR S.A. si informó debidamente a la demandante frente a su futuro pensional circunstancias que está omitiendo el fallador al considerar una ineficacia de traslado; también se olvida que PORVENIR S.A. recibió de parte de PROTECCIÓN S.A. a través de un traslado horizontal, queriendo decir con ello que la demandante para el año 2001 no contaba con un derecho pensional consolidado motivo por el cual, para PORVENIR no existía razón jurídica ni fáctica para negar esa solicitud de vinculación emanada del libre albedrio de la actora. Sostiene que hoy se le exige a la AFP allegar pruebas, sin embargo, para el momento en que la demandante se vincula con dicha administradora no existía obligación alguna en la que se indicara que debía allegar prueba referente a la asesoría. Expresa que, si bien los fondos privados tienen unos deberes, los afiliados también tienen su carga, relacionada, según la Superintendencia Financiera. con el deber de aprovechamiento de los mecanismos de capacitación y divulgación teniendo cuidado en la toma de decisiones, circunstancias que la parte actora tampoco agotó.

En caso de resultar avante la ineficacia, solicita se revoque la condena en costas, la condena relacionada con la devolución de gastos de

administración, los valores al fondo de garantía, teniendo en cuenta que estos no financian la mesada pensional de la actora, no hacen parte de la cuenta de ahorro individual y no se consideran como parte de la declaratoria de la ineficacia conforme a lo establecido en el artículo 113 de la ley 100 de 1993; los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos, por lo tanto los demás están en cabeza de terceros de buena fe, y no hacen parte de la mesada y son susceptibles de la figura de la prescripción.

Respecto a la condena en costas solicita una adición en caso dado de considerar la ineficacia por cuanto no todas las partes vencidas están tratándose de manera objetiva frente a ese artículo 365 del CGP y conforme lo denotado por la sentencia C 157 del año 2013 de la Corte Constitucional, principio de objetividad y compartibilidad, ya que también COLPENSIONES debe asumir esta condena.

Se conoce del asunto también vía grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, AFP PORVENIR S.A., alega que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez; además es un hecho objetivamente demostrable que durante el tiempo de vinculación la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado conductas que deben considerarse como *“la verificación de la voluntad del afiliado”*. Dice que no se le puede imponer carga distinta a la administradora a la existente en las leyes vigentes, pues esto constituiría una violación al debido proceso y la confianza legítima de la entidad, ya que para cuando se celebró ese

acto jurídico, no solo los afiliados eran capaces, sino que el acto se considera que tiene objeto y causa lícita. Agrega que, aunque se declare la ineficacia de la afiliación, no se puede desconocer el contenido del artículo 113 de la ley 100 de 1993 que establece que, en caso de cambio de régimen, sólo se traslada el saldo y los rendimientos, de no ser así se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Igualmente sostiene que los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, sobre ellos debe descartarse su imprescriptibilidad.

Solicita sean analizadas las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que PORVENIR S.A. cumplió con la carga de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos de ley.

Por su parte, COLPENSIONES pide sea analizada la imposibilidad del traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que en el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con los testimonios brindados, por lo que la ineficacia de traslado pretendida carece de viabilidad, la mera afirmación de la parte actora no puede ser tomada como cierta. Refiere asimismo, que en caso de declararse la ineficacia del traslado se ordene a las AFPS la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora,

incluyendo con ellas la devolución de los gastos de administración así como todo lo descontado por pólizas previsionales; por último sostiene que, se debe tener en cuenta al momento de fallar que dicha entidad es de orden público y generaría detrimento patrimonial si se reconoce una pensión sin recibir todos los rubros.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por los apoderados tanto de PROTECCIÓN S.A. como de PORVENIR S.A. a través de sus respectivos recursos, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA con el objeto de salvaguardar los intereses de COLPENSIONES, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia proferida en primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la Sra. MARÍA ADELAIDA NAVARRO ESCOBAR realizada al RAIS, así como las órdenes consecuenciales respecto a los dineros que las administradoras de pensiones quedan en la obligación de devolver.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **(i)** MARÍA ADELAIDA NAVARRO ESCOBAR nació el 17 de junio de 1970; **(ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 15 de enero de 1991; **(iii)** el 07 de julio de 1995 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.; **(iv)** 26 de noviembre de 2001 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. entidad en la que se encuentra actualmente afiliada.

Ahora, según viene de verse, lo que pretende la demandante con la presente acción judicial, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS administrado en este caso por las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para que, consecencialmente, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES, con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente e inadecuado por parte de los

promotores de los fondos privados, dado que, al momento de tramitar el traslado, no se tuvo en cuenta su situación particular, lo que ocasionó que abandonara un régimen que claramente le era más favorable.

Al respecto, importa reiterar, tal y como ha sido dicho en múltiples providencias en las cuales se ha dirimido el tema de la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, amplio y suficiente, es un deber exigible desde su creación.

Así lo señaló desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido renovando con el transcurso de los años, y en el año 2019 la tesis fue afianzada, como puede verse, entre otras, en las sentencias SL 1421, SL 1452, SL 1688 y SL 1689, todas, se repite del 2019. Como sentencia-hito sobre el tema, cabe destacar lo que se dijo en aquella primera providencia, la Rad. N° 31.989 de 2008:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y

aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

En la SL 1452-2019, Rad. 68852 del 3 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia robusteció el criterio que apunta a considerar, como ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado, los siguientes: (i) el juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico; (ii) que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado; (iii) que le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del art. 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y (iv) que no es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho consolidado para que se produzca la ineficacia del traslado.

En la misma providencia, se analizaron los diferentes estadios de la evolución normativa respecto de esta exigencia, cada uno de ellos con regulaciones propias que apuntan a la misma finalidad en cuanto a la garantía para el afiliado de su derecho a una debida información, bien al momento de elegir el régimen pensional, ora cuando opte por trasladarse de régimen. Exigencias que se tornan cada vez más rigurosas, así:

1. Partiendo de una primera fase, compuesta por aquellas disposiciones que se derivaron de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 literal b), 271 y 272, así como el decreto 663 de 1993 o Decreto Orgánico del Sistema Financiero dentro del cual se hallan inmersos los fondos de pensiones, momento para el cual, el alcance mínimo del deber de información incluía la ilustración de *"las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada*

uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales"

2. Vino luego una segunda etapa a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010, caracterizado porque obligó al análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y de los pormenores de los regímenes pensionales, Y
3. Un tercer periodo que viene dado desde la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, tildada como la ley de doble asesoría, el cual lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En el presente caso, no se evidencia prueba alguna que permita tener por acreditado que el fondo privado realizó en ese momento un análisis integral de las condiciones concretas y subjetivas de la afiliada, con expresión de las ventajas y desventajas de ambos regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que este pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, incumplió el Fondo privado su deber de información al afiliado, al no suministrarle, *"en forma clara y precisa, las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen"* (SL 1689-2019).

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación de ninguna manera puede significar que con ello la entidad cumplió con su obligación de suministrar una información completa, precisa, adecuada y oportuna, relacionada con las ventajas y desventajas de permanecer en el ISS o trasladarse al fondo privado. Dicho documento no contempla un análisis de su caso en particular que contenga una proyección de su situación pensional concreta y específica, en uno u otro régimen, sino que simplemente se trata de un formato preestablecido, en el cual solo hace constar que tomó la

decisión de manera espontánea y sin presiones, cuestión, que, en rigor, no se está controvirtiendo en este evento. También a este respecto se ha pronunciado la jurisprudencia ordinaria, v. gr. sentencia SL 19447-2017:

*“Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba 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, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

Lo anterior permite dar aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.

Ahora bien, respecto a la manifestación de la recurrente relacionada con que no tuvo en cuenta el juez de primera instancia en la valoración de la prueba la información suministrada por la AFP PORVENIR S.A. a la demandante de la posibilidad de trasladarse al RPMPD antes de que le faltaren menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse establecidos en la ley, considera la Sala igualmente que, en este caso tampoco cumplió la AFP con su obligación de suministrar una información completa, clara y suficiente relacionada con las características de los dos regímenes, que le

permitiera a la Sra. MARÍA ADELAIDA tomar una decisión acorde con sus expectativas pensionales; no era suficiente el envío por parte de AFP de una comunicación a la demandante (el 27 de abril de 2016 folio 39 del expediente digital), relacionada con la asistencia a una asesoría porque estaba próxima a cumplir los 47 años de edad (le faltaban 11 años para cumplir la edad de pensión) y debía preguntarse “...qué es mejor, quedarme en Porvenir o trasladarme a Colpensiones?”, pues se reitera, con ese escrito no se evidencian los presupuestos para que el acto jurídico de afiliación a esa AFP -que data del 26 de noviembre de 2001- cumpla con las características descritas del deber de información, esa comunicación no convalida los vicios del acto inicial de afiliación.

Asimismo, tal y como lo indicó en reiteradas oportunidades el juez de conocimiento, la demandante en el interrogatorio de parte declaró que no tenía conocimiento de las implicaciones del traslado de régimen pensional, que se enteró de que su mesada pensional podría ser más beneficiosa en el RPMPD en los noticieros, que no sabía cuál era el monto de su mesada pensional en ninguno de los dos regímenes, agregó en dicha diligencia que no tenía mucha información respecto a cómo funcionan los regímenes pensionales y su diferencia. Además de ello, se reitera, le corresponde al fondo privado demostrar que otorgó a la accionante la información suficiente, circunstancia que no fue probada en este caso.

Por otra parte, no es de recibo el argumento de COLPENSIONES en cuanto solicita considerar las implicaciones económicas que se pueden llegar a generar con decisiones como esta, especialmente por existir una eventual afectación a la sostenibilidad financiera del sistema o detrimento patrimonial más cuando no participó en el acto de traslado, siendo un derecho que ejerció la demandante en su momento y permitido según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, la Sala ha considerado que las decisiones judiciales deben estar fundamentadas en las normas legales que rigen la materia, en este caso las del Sistema de Seguridad Social Integral, sin que el Juez pueda entrar a considerar situaciones como las implicaciones económicas que aquellas puedan tener, ya que ello es competencia del legislador al momento de la expedición de la ley.

Adicionalmente, el regreso de la demandante a COLPENSIONES no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que la actora alcanzó a acumular en su cuenta pensional junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

Tampoco es de recibo el argumento planteado por la AFP PORVENIR S.A. relacionado con que la demandante se trasladó dentro del mismo RAIS en varias ocasiones, lo que demostraría su intención de permanecer en ese régimen. Y no lo es porque al respecto también se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral en múltiples providencias como la SL 5280 del 3 de noviembre de 2021, rad. 85801 en la que sostuvo claramente que “... los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad”.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

De otro lado, en cuanto a la decisión de ordenar también la devolución de los seguros previsionales y de las cuotas y/o gastos de administración y comisiones, tema cuestionado en el recurso de apelación por las codemandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES, de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que un trasunto natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en las sentencias SL 31989 -2008; SL 4964de 2018, SL 4989de 2018, SL 1421de 2019, SL 1688 de 2019, rad. 68838 de mayo 8de 2019, o más recientemente la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667. En esta última dijo expresamente lo siguiente:

*“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. (...)*

*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. (...)*

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» (Resaltado por la Sala).

Si bien es cierto por regla general los actos jurídicos son celebrados para que sean eficaces y produzcan efectos jurídicos propios, cuando tales actos jurídicos no resultan eficaces, por haber nacido viciados en el sentido amplio del término, desde el comienzo o incluso porque llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración del acto, se traduce en que nunca produjeron efectos o que habiéndolos producido dejan de generarlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico. En el primer evento, esto es, cuando se considera que el acto nunca produjo efectos, como en este caso acontece, las cosas vuelven a su estado anterior, como si aquel jamás hubiera nacido a la vida jurídica.

En consecuencia, la decisión de primera instancia deberá ser CONFIRMADA también en este aspecto, sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción solicitada por la codemandada PORVENIR S.A. toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según lo ha indicado en múltiples providencias la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como lo hizo por ejemplo en la sentencia SL 4609 del 6 de octubre de 2021, rad. 89165:

“En relación con la excepción de prescripción aducida por Colpensiones, si bien los artículos 488 del CST y 151 CPTSS son

los que regulan dicho fenómeno extintivo, por virtud del cual opera el término trienal, contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, no obstante, dado que en este tipo de procesos las pretensiones de la demanda tienen carácter declarativo, es decir, están referidas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, acaecido con anterioridad a que se trabé la litis, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, tal como se ha sostenido, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996."

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia.

Se advierte que, tal y como fue dispuesto por el Juez de Primera Instancia la orden de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas y/o gastos de administración y comisiones, los seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, deben incluir la respectiva indexación, según lo ha indicado la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en la sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021 rad. 88826; y según se solicita por COLPENSIONES, desde la contestación de la demanda.

Por último, en lo que tiene que ver con la absolución a COLPENSIONES del pago de costas procesales tema recurrido por la codemandada PORVENIR S.A., basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el

proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Pero, en estos casos, la orden a COLPENSIONES de recibir el valor de los aportes realizados a la AFP del RAIS (además de las otras sumas de dinero) y a reactivar la afiliación de la demandante, es solo la consecuencia lógica de la orden previamente impartida en este proceso, en el sentido de declarar la ineficacia de esa afiliación al RAIS, de manera que bien puede decirse que, sin esta orden, aquellas condenas no se hubieran producido. Dicho de otro modo, era inexigible otra conducta para COLPENSIONES antes de que la presente declaratoria de ineficacia del traslado se hubiere proferido, pues esta entidad no es autoridad judicial como para resolver, antes del proceso, la reclamación de la demandante; en consecuencia, no es procedente condenar a COLPENSIONES al pago de costas procesales.

Lo anterior, además de que la decisión en el sentido de absolver en costas a COLPENSIONES, no produce ninguna afectación al Fondo privado, por lo cual carece de interés jurídico y económico para recurrir el punto.

Costas en esta instancia por haber resultado vencidas en el recurso, a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000 a cada una de ellas.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, el día 04 de octubre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Costas en esta instancia por haber resultado vencidas en el recurso, a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000 a cada una de ellas.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **5877b4244bea51a1a033b6cfbd6fb20d33166b2bfb839c934208ae030b8e25d2**

Documento generado en 17/06/2022 01:25:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>