

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **CARLOS EDUARDO CÓRDOBA ROJAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-021-2019-00304-01.

AUTO

De conformidad con el certificado de existencia y representación allegado al plenario por COLFONDOS S.A. junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería al abogado JAIR FERNANDO ATUESTA REY, portador de la T.P. 219.124 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLFONDOS S.A. en el presente proceso.

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

1. ANTECEDENTES:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor, que efectuó cotizaciones al ISS desde el 29 de enero de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1996 para un total de 212 semanas, que se trasladó al RAIS el 6 de abril de 1999 a través de la AFP PORVENIR S.A., y que posteriormente se trasladó a ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de junio de 2000, y a COLFONDOS S.A. el 24 de septiembre de 2001, regresando finalmente a PORVENIR S.A. el 5 de octubre de 2005 donde se encuentra actualmente.

Expone que desde la fecha del traslado al RAIS ha cotizado 914 semanas, y que en toda su vida laboral cuenta con 1126 semanas.

Aduce que las AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. al momento de los traslados, no le suministraron información adicional acerca de la edad mínima, ni del saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, ni la edad en la que se redimía el bono pensional, ni las diferencias entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

Indica que PORVENIR S.A. mediante comunicado del 19 de febrero de 2019, le realizó simulación pensional, cuando contaba con 57 años, indicándole que, para la edad de 62 años, su mesada pensional sería de \$1.940.500 sin volver a cotizar, y que cotizando hasta que cumpliera los 62 años sería de \$2.350.000.

Expone que el 03 de enero de 2019 le solicitó a PORVENIR S.A. su traslado al RPM, solicitud que le fue negada manifestándole que dicho traslado era improcedente, e informándole además mediante oficio del 04 de enero de 2019 que la asesoría de traslado de régimen se realizó de manera verbal y por ello no cuentan con soportes físicos.

Indica que radicó ante COLPENSIONES reclamación administrativa, solicitando la declaración de la ineficacia y/o nulidad de su traslado al RAIS, solicitud que negó COLPENSIONES aduciendo que no era procedente.

Finalmente expone que si se calcula la mesada pensional que recibiría en COLPENSIONES, tendría un IBL de los últimos 10 años de \$16.969.112 y una tasa de reemplazo del 56.74%, para una mesada pensional de \$9.628.274.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y declarando en consecuencia, que estuvo válidamente afiliado y sin solución de continuidad en el RPM que administra actualmente COLPENSIONES.

En consecuencia, condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos financieros, además las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional que fueron descontadas de los aportes del demandante durante todo el tiempo de vinculación al RAIS, incluyendo el tiempo de afiliación en otras administradoras del RAIS.

Finalmente declaró probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento y no probadas las demás, y condenó en costas a PORVENIR S.A. en favor del demandante.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado de PORVENIR S.A., solicitando sea revocada y en su lugar absuelva a PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones impuestas, indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base a una falta de información, pues no era obligación de PORVENIR S.A. brindar esa información al demandante teniendo en cuenta la normativa vigente para la época del traslado, la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 en su artículo 97 de 1993, el Decreto 656 de 1994, la Ley 1328 de 2009 y posteriormente la Ley 1748 de 2014, además de la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado sino valido el traslado del régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de afiliación y de conformidad con las disposiciones que habían vigentes sobre el particular.

Manifiesta que no se puede deducir que PORVENIR S.A. faltó al deber de información al no querer aportar documentos que no existían, puesto que es una carga imposible para la AFP, quedándole solo el interrogatorio de parte para demostrar que se le brindó la información al demandante.

Indica que, en lo concerniente al deber de información, el mismo ha evolucionado conforme a las normas ya citadas, en el que se le obligaba a todas las AFP a brindar una información de manera verbal hasta antes de la Ley 1748 de 2014 y es posterior al 26 de diciembre de 2014 que entra en vigor la mencionada Ley, donde se obliga a las AFP a brindar una asesoría aportando documentos como una proyección pensional. Por lo que no existe documento diferente al formulario de afiliación que pruebe la asesoría brindada al demandante.

Aduce que el demandante suscribió no solo uno sino cuatro formularios de afiliación, dos con PORVENIR S.A., uno con COLFONDOS S.A. y otro con PROTECCIÓN S.A. por lo que se asocia a los actos de relacionamiento de la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS o de haber permanecido por más de 20 años. Indica que por lo anterior no se puede determinar que por habersele brindado la asesoría de forma verbal no se le haya brindado la información completa a la hora de realizar el traslado.

Manifiesta que en lo concerniente a los gastos de administración se debe tener en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes. Indica que, la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020 manifestó de forma expresa que en los eventos donde surgiera una ineficacia del traslado, los únicos emolumentos a trasladar con destino a COLPENSIONES serían los concernientes a las cotizaciones junto con sus rendimientos, no haciendo mención a los gastos de administración ni al seguro previsional.

Expone que trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y el seguro previsional generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, puesto que no hay una norma que disponga la devolución de los gastos de administración, como si existe norma como lo es el artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993 que menciona las sumas que se deben devolver cuando hay un traslado de régimen, como lo son las cotizaciones y los rendimientos, sin mencionar gastos de administración.

Solicita al Tribunal declare la prescripción respecto de los gastos de administración, prima de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros, por no pertenecer a los afiliados en ninguno de

los dos regímenes y no financian la pensión de vejez, por lo que no puede predicarse la imprescriptibilidad, característica esencial de la que si goza el derecho pensional.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado judicial del demandante, al igual que el de COLFONDOS S.A. allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

Debe tener presente el despacho que a mi poderdante, la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, por lo que se torna ineficaz como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo.

Sobre el particular, más concretamente en lo referente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 46292 del 3 de septiembre de 2014, criterio jurisprudencial sobre el tema ha sido reiterado hasta la fecha por las diferentes sentencias que sobre el particular se han proferido, indicando el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que ese deber de información que se encuentra en cabeza de los fondos privados de pensiones, aplica para cualquier tipo de afiliado que se vaya a trasladar o a afiliar al régimen de ahorro individual, independiente de que sea o no beneficiario del régimen de transición, así mismo ha indicado que el libre consentimiento, es decir, debidamente informado, no se puede concluir de la firma que el afiliado plasma en el formulario de afiliación al RAIS, por lo que es deber del fondo privado, demostrar al interior del proceso, que cumplió con el deber de darle al afiliado esa información clara, completa y eficiente, que le permitiera tener presente las consecuencias que le acarrearía ese traslado de régimen en su futuro pensional, lo que en el caso que nos ocupa brilla por su ausencia.

Teniendo en cuenta las normas aplicables al caso concreto, así como el criterio jurisprudencial que debe aplicarse para resolver las pretensiones de la demanda y el material probatorio que reposa en el expediente, se solicita una vez más a la Sala Laboral, que proceda a confirmar la sentencia que fue proferida en primera instancia.

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

Se solicita a la Honorable Sala de Decisión Laboral, se confirme la decisión de A quo de no ordenarle a mí representada, retornar ningún concepto al Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta que Colfondos trasladó todos los aportes existentes en la cuenta pensional que alguna vez tuvo en esta AFP, a la administradora Porvenir, en virtud de la decisión del actor de vincularse a dicha AFP, **traslado que incluyó el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, por lo que dicha cuenta, se encuentra en estado trasladado y sin recursos para retornar al RPMD.

En cuanto a los gastos de administración y del seguro previsional, estos se realizaron por disposición legal y no por capricho de la AFP y por ende son exequibles, exigibles y vigentes.

Por otra parte, el Decreto 2555 de 2010, refleja que contrario a como siempre se han concebido los gastos de administración, estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales, la demandante estuvo amparada por los riesgos de invalidez y muerte durante el período de afiliación a Colfondos, **entonces, la contratación y el pago de las pólizas previsionales, cumplieron su específica destinación**. Los otros 9, son destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, que generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo que dichos gastos nunca hacen parte del P y G de los Fondos de Pensiones.

Adicionalmente, ese mismo Decreto, señala que el manejo de estos recursos es vigilado por la Superintendencia Financiera e incluso los Fondos de Pensiones de las utilidades que reciben como sociedad (es decir lo que si reportan dentro del P y G), deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por esa norma y que periódicamente señala el Órgano de Control y si los fondos de pensiones, no garantizan la rentabilidad mínima, deben incluso sus socios

responder con su propio patrimonio. Por lo que entonces, la norma y el Órgano de Vigilancia y Control, prevén mecanismos suficientes para que los fondos hagan un buen uso de esos gastos de administración.

Para el caso de Colfondos, mí representada es la que mejor uso hace de los gastos de administración, ya que es la que mayor rentabilidad genera en el mercado, dado que rentabilidad mínima exigida es en promedio del 4.50% y Colfondos S.A. siempre ha generado sobre el 8%, es decir el doble de la rentabilidad mínima exigida.

La rentabilidad que genera Colfondos S.A., es muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones en los inversión de los TES, por que ordenar a Colfondos devolver los gastos de administración, generaría un enriquecimiento injustificado, de parte del fondo que va a recibir los aportes de la demandante, **teniendo en cuenta que dichos rubros, no son factor de financiación de la pensión de vejez ni siquiera en el régimen de prima media. Adicionalmente por esa misma circunstancia (no constituir factor de financiación del derecho imprescriptible) y por tratarse de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, Sí son susceptibles de ser extinguidos por el transcurso del tiempo y por ende aquellos gastos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación, se encuentran prescritos y por ende no hay, ni había lugar a ordenar que Colfondos, traslade dichos rubros.**

Por otra parte, estos recursos NO se encuentran en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio, jamás se estableció de devolución dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también serían desconocidas para Colfondos, por tanto, solicito confirme la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, de no ordenar retorno alguno al RPMD a cargo de Colfondos.

Ahora, tampoco será posible que se disponga aplicar la indexación sobre los conceptos que se ordenaron u ordenaran devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta que le asiste a Colpensiones, porque con los rendimientos generados por mí representada durante el período en que administró los recursos pensionales del actor, en todo caso superiores a los que hubiera podido generar el Régimen de Prima Media, si el demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedó más que compensado este concepto, además que el mismo, no fue solicitado en la demanda, ni incluido en la fijación del litigio; ni

fue objeto de impugnación por las partes trabadas en esta Litis, por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso, porque en segunda instancia, no se puede fallar más allá de lo pedido.

Se destaca igualmente que la Corte Constitucional en sentencia SU 062 del 03 de febrero de 2010, le impuso la obligación al I.S.S., hoy Colpensiones, de informarle al afiliado cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con éste un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentarse la misma, será la parte demandante quien la asuma. Así las cosas, tampoco podrá ordenarse en segunda instancia, que Colfondos asuma una eventual diferencia en el valor de los aportes. Nótese que en la demanda tampoco fue elevada pretensión alguna en ese sentido, por lo que no podría impartirse condena alguna en ese sentido, porque en segunda instancia, no puede fallarse más allá de lo pedido, como antes se anotó.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

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

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

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.

3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, como se prueba con la historia laboral que milita a folios 22 del plenario (documento 04 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 6 de abril de 1999, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 18 del expediente (documento 04 del expediente digital), con efectividad al 1° de junio de 1999 como se anota en el certificado SIAFP que milita a folio 127 (documento 15 del expediente digital), trasladándose posteriormente entre administradoras del mismo régimen a las AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., conforme se advierte de los formularios de afiliación a dichos fondos, visibles de folios 20 a 21 (documento 04 del expediente digital), y como se consigna en el certificado SIAFP que milita a folio 127 (documento 15 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:4:00 del CD que contiene el video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 36 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor de PORVENIR S.A. le manifestó que el ISS estaban en proceso de desaparecer y que en el fondo privado iba a tener muy buenas condiciones y que

tenía mayor rentabilidad, que tenía facilidad para pensionarse, y que los hijos podían heredar el valor de los dineros recogidos en la cuenta de ahorro, este haya confesado que el asesor de PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, contrario a lo manifestado por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1999 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A., pero por las razones expuestas en este proveído, esto es, por la ausencia de prueba en el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A. y no por la aplicación del artículo 272 de la Ley 100 de 1993, sin que resulte suficiente para desquiciar la sentencia de primera instancia, los diferentes traslado entre administradoras del RAIS que efectuó el acto, ni mucho menos el largo periodo de tiempo en que afiliado a dicho régimen pensional.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales el *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros y además las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que este estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP, encuentra la Sala que si bien esta orden no se ajusta a derecho, pues ello acarrearía una afectación económica desproporcionada a PORVENIR S.A. al tener que asumir sumas que nunca

ingresaron a su patrimonio cuando el actor se trasladó a ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., y de COLFONDOS., al no haberse apelado esta decisión por parte de PORVENIR S.A., ni afectar COLPENSIONES, no es posible de oficio modificarla.

No óbstate, como la orden del *a quo* de traslado solo incluyó las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, se entiende que no incluye el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, por lo que contrario a lo manifestado por PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, en sede de consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia debe ser MODIFICADA, en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir, además el porcentaje que se destinó al referido fondo, pero en este caso solo durante el tiempo que el actor ha estado afiliado a PORVENIR S.A.

Por su parte, ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., también deberán devolver a COLPENSIONES, los porcentajes que fueron descontados de las cotizaciones del demandante durante su vinculación a cada una de dichas AFP y que fueron destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

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

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

COLFONDOS S.A. manifiesta en sus alegatos que el descuento que en su momento realizó de las cotizaciones de la demandante y que fue destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima no se encuentra en su poder dado que fue trasladado con las demás sumas de la cuenta de ahorro individual al momento del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., no obstante en el proceso no se encuentra probado que en efecto respecto del demandante, COLFONDOS S.A., haya efectivamente trasladado a PORVENIR S.A. el referido porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y en tal sentido por su deber de correr con las consecuencias que de la declaratoria de ineficacia se derivan.

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo argumentado por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tienen como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3

del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de la apelación de PORVENIR S.A. que el demandante suscribió no solo uno sino cuatro formularios de afiliación, dos con PORVENIR S.A., uno con COLFONDOS S.A. y otro con PROTECCIÓN S.A. por lo que se asocia a los actos de relacionamiento de la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS, al respecto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021 lo siguiente:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”

Conforme a lo anterior, el hecho que el demandante se haya trasladado al interior del RAIS a distintas AFP, no es razón para negar la ineficacia del primer traslado a PORVENIR S.A. y consecuentemente los traslados internos a otras AFP del RAIS.

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

De otra parte, respecto de la declaratoria de prescripción de las cuotas de administración que solicita el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia consultada será CONFIRMADA y ADICIONADA en los términos anteriormente expuestos.

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

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de mayo de 2021 proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **CARLOS EDUARDO CÓRDOBA ROJAS** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** por las razones expuestas en este proveído, **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A a COLPENSIONES deberá incluir además de lo ordenado por el *a quo*, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que el actor ha estado afiliado a este AFP.

Por su parte, ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., deberán devolver a COLPENSIONES, los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima descontados de a cotización del actor, durante el tiempo que este estuvo afiliado a estas AFP.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

PROCESO ORDINARIO LABORAL
CARLOS EDUARDO CÓRDOBA ROJAS Vs COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO: 05001-31-05-021-2019-00304-01

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

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **ce490781002e658c5b63addce6ec391fe1adc2090da7e73f7ded1650a9ecd45f**

Documento generado en 11/08/2022 11:46:54 AM

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