

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciocho (18) 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 la señora **GLADYS LUCÍA ACOSTA VALENCIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y las sociedades **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A. tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-019-2018-00346-01.

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:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad 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 la actora que nació el 7 de octubre de 1961 y estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS desde julio de 1980 hasta el año 2000.

Expone que, en septiembre del año 2000, por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A, trasladándose así del RPM al RAIS, y posteriormente, con la convicción de que le era

más conveniente el RAIS, se trasladó el 28 de febrero del año 2002 a la AFP PORVENIR S.A, luego el 28 de junio de 2005 a COLFONDOS S.A y finalmente el 18 de junio de 2014 regresó a PROTECCIÓN S.A.

Manifiesta que su afiliación al RAIS la hizo por considerar que el RAIS le era mucho más beneficioso que el RPM, pero los asesores encargados de sus afiliaciones nunca le suministraron información completa, veraz y suficiente al momento de tomar la decisión de trasladarse, ni de los riesgos que existían por trasladarse a este régimen, nunca le advirtieron que su pensión podría ser inferior a la del RPM, no le advirtieron que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o que el capital no le permitiría tener una pensión similar a la que obtendría en el RPM, no le manifestaron que el valor de la pensión dependería de la modalidad que se escogiera, pues ni si quiera le explicaron las distintas modalidades de pensión.

Relata que los asesores de estas AFP privadas no le explicaron cómo funcionan financieramente los fondos privados, ni que si no tenía suficiente dinero en su cuenta de ahorro individual no podría pensionarse, ni qué era un bono pensional, no le informaron sobre el derecho que tenía de retractarse frente al traslado de régimen pensional.

Argumenta que fue engañada por parte de los asesores de las AFP privadas ya estos le decía que: la condición pensional sería mucho más ventajosa que en el RPM, que la el RPM desaparecería, que le convenía trasladarse al RAIS porque el monto de la pensión sería mucho mejor, que no habría problema en trasladarse de régimen porque en ningún caso la situación sería desventajosa frente al RPM y que podría aspirar a una pensión anticipada, omisión en la información y engaño que hicieron que renunciara al derecho a una mejor pensión establecida en el Régimen

Expone que conforme lo anterior, su traslado no fue espontaneo, voluntario y libre, pues se le oculto información y tomo la decisión de trasladarse bajo engaños y cautivada por las supuestas bondades del RAIS.

Finalmente, manifiesta que el 26 de abril del 2018 le solicitó a Colpensiones la nulidad de su traslado al RAIS, solicitud que le fue despachada de manera negativa mediante comunicación de la misma fecha.

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 de la demandante al RAIS y y declarando en consecuencia que para efectos pensionales la actora estuvo válidamente afiliada en el RPM que administra actualmente COLPENSIONES.

Así mismo, condenó a la AFP PROTECCIÓN. S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados al pago de seguros previsionales, condenando además a las restantes AFP a las que perteneció la demandante, a trasladar con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración y comisiones que hubieren percibido durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos.

Acto seguido, absolvió a las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. de las restantes pretensiones incoadas en su contra por la demandante y las condenó en costas en primera.

Para fulminar condena, el *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de COLFONDOS S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A., de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con el traslado de los dineros correspondientes a las cuotas de administración manifestando que estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes pensionales, aduce que los dineros descontados se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante y estos dineros no financian la mesada pensional ya que se depositan en cuentas diferentes a razón de que tienen una destinación específica y en ningún momento afectan el valor de la mesada pensional de la accionante.

Expone que, si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM, entonces la condena debería ordenar únicamente el traslado de los aportes mas los rendimientos que se hubiesen generado en el RPM, lo anterior con base en las restituciones mutuas ya que con la condena impuesta se estaría incurriendo en enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque estaría recibiendo los rendimientos de una administración que no llevo a cabo.

Argumenta que el dinero de la demandante no sufrió deterioro alguno y antes por el contrario se generaron muy buenos rendimientos que incrementaron ostensiblemente el dinero depositado en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes obligatorios.

Finalmente solicita que se aplique a dichos dineros la prescripción toda vez que la vocación de los mismos no es la financiación de la mesada pensional y ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

Por su parte, la apoderada de PORVENIR considera que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS exponiendo que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante el juez únicamente tuvo en cuenta las respuestas que beneficiaban a la demandante y no las confesiones que realizó sobre el conocimiento frente a los rendimientos financieros, de lo cual se deduce que conocía que dichos rendimientos iban a la cuenta de ahorro individual

Aduce que el fallador de primer grado, tampoco le dio aplicación a los planteamientos de la Magistrada Ana María Muñoz Segura en los que tiene que ver con los traslados que hizo la demandante entre los diferentes fondos pertenecientes al RAIS dan muestra de su conocimiento y de su voluntad de permanencia en el RAIS, pues no se entiende que una persona capaz realice todos estos traslados sin conocer los pormenores del régimen.

Manifiesta que, si el Tribunal considera que hay lugar a la ineficacia, solicita revocar la condena impuesta a PORVENIR S.A. en cuanto entregar a Colpensiones lo correspondiente los gastos de administración, por cuanto no hay fundamento factico y jurídico para ello en la medida en que COLPENSIONES no administró los dineros depositados por la demandante en la cuenta de ahorro individual, y por otra parte los gastos de administración en nada inciden frente a la liquidación del IBL de la accionante.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de Colpensiones interpone recurso de apelación frente al numeral tercero de la sentencia de primera instancia, solicitando que también sean devueltas a COLPENSIONES las sumas adicionales de la aseguradora, para lo cual trae a colación la sentencia SL 2877 del año 2020 de la SCL de la CSJ.

Aduce que la ineficacia del traslado conlleva a que los fondos privados devuelvan todas cotizaciones que hubieren recibido, incluyendo el porcentaje que por gastos o comisiones de administración hayan descontado de las cotizaciones hechas por la accionante, y también deben devolver los aportes hechos para el fondo de garantía de pensión mínima, pues carecería de sentido la declaratoria de ineficacia de no trasladarse se manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose entonces favorecida la AFP sin razón financiera atendible, pues es dicha devolución de aportes la que se busca salvaguardar a favor de COLPENSIONES.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la DEMANDANTE de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

Solicito **se confirme** la sentencia de primera instancia, toda vez que la misma se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, tales como las sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información, que existe desde que nació la Ley 100 de 1993, y que no se probó por parte del fondo privado.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Solicito se revoque en todas sus partes la sentencia de primera instancia, toda vez que el acto jurídico del traslado que realizó la señora *Gladys LUCÍA Acosta Valencia* se dio en forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios; suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber signado el documento en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna persona, a pesar de que aduzca que suscribió el documento sin la información suficiente acerca de los alcances del acto jurídico que celebraba, afirmación que se cae de su peso conforme al interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Por lo tanto, no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para declarar la ineficacia del acto de afiliación de la demandante por presuntos vicios en el consentimiento, así como tampoco, podría alegarse una eventual nulidad de la afiliación a la AFP que represento, por cuanto el acto jurídico que realizó la señora *Gladys LUCÍA Acosta Valencia* cuando realizó el traslado de régimen con destino a PORVENIR S.A., no se hizo en contra de una prohibición legal.

Ahora, en el evento que se confirme la sentencia de primera instancia, considero que no hay lugar a modificar la sentencia y condenar a mi representada respecto del traslado de las cuotas de administración, toda vez que el Art. 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, establece que tanto en RPM como en RAIS hay lugar a dichos descuentos, los cuales un 3% del monto del IBC se distribuirá para el pago de las cuotas de administración y la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivencia.

Adicionalmente, por cuanto la teleología de la norma radica en que este descuento permitido por el Legislador tiene por objeto la retribución a la labor de administración de los aportes que ejecuta la administradora, por lo que no sería dable trasladar tal

valor a Colpensiones, teniendo en cuenta que está no administró los aportes del afiliado, razón por la cual no existe razón jurídica para que se le deban adjudicar tales conceptos a dicha administradora, máxime si se tiene en cuenta que PORVENIR S.A. reintegrará a la misma los rendimientos financieros que generó la juiciosa administración de los recursos de la señora demandante.

Por último, es menester indicar que no es dable indicar que el traslado de las cuotas de administración obedece a la aplicación del Art. 1746 del C.C., pues en el caso de autos no se evidencia un detrimento del bien administrado que dé lugar a restituciones mutuas por parte de mi representada.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

La sentencia de primera instancia, viola la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. Sobre este tema ya se ha pronunciado ampliamente la Corte en sentencias tales como la SU 130/2013, en la C-789/2002 y C-1024/2004, en donde se indicó que solo las personas que sean beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados al 01/04/1994, podrían trasladarse al RPM en cualquier tiempo, en este sentido solicito muy respetuosamente sea revocada la sentencia de primera instancia.

Igualmente, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, “...como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado...”. En tanto que “...al haber sido una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...” (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989)

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la 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 la 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 las apelaciones de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad 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 de la 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.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante a folios 39 a 44, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 09 de septiembre del 2000 como se desprende del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 37, con efectividad a partir del 14 de septiembre de dicha anualidad, trasladándose posteriormente a la AFP PORVENIR S.A. el día 28 de febrero de 2002, luego a COLFONDOS S.A. el 28 de junio de 2005 y finalmente retornando a PROTECCIÓN S.A. el 18 de junio de 2014 como se acredita con el certificado SIAFP que milita a folio 223 del documento 01 del expediente digital.

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2000 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 absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:33:54 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 09 del expediente digital), contrario a lo manifestado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, no se advierte que además de indicar que el asesor de PROTECCIÓN le manifestó que el ISS se iba a acabar, que debía escoger un fondo privado porque de lo contrario corría el riesgo de perder su pensión en el ISS y que PROTECCIÓN era un fondo de prestigio y que tenía condiciones para garantizar una pensión plena, esta haya confesado que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le brindó 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, ni mucho menos encuentra la Sala que se evidencie, como afirma la censura, que la demandante tenía pleno conocimiento sobre los rendimientos y la manera en que estos afectaban su cuanta de ahorro individual.

Ahora, como bien lo sostuvo el *a quo*, contrario a lo manifestado por PORVENIR S.A. en su escrito de alegaciones, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que la afiliación fue voluntaria, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que la afiliación se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN 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 la afiliación inicial al RAIS realizada

por la demandante en el año 2000 a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., y por ende los traslados que realizó posteriormente entre administradoras del mismo régimen, sin que resulte de recibo para la Sala el argumento de la apoderada de PORVENIR, de que no existe posibilidad que la demandante no conociera los pormenores del RAIS luego de realizar todos esos traslados, pues precisamente, dicho conocimiento, generado de la entrega de la información necesaria por parte de PROTECCIÓN era el objeto probatorio del presente proceso, el cual se repite, no logró ser acreditado por quien tenía la carga de la prueba, esto es, por la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, frente al argumento de la apoderada de PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, que con los traslados que efectuó la demandante entre los diferentes fondos del RAIS, los cuales a su juicio dan muestra de su conocimiento y de su voluntad de permanencia en el RAIS, dicha teoría de los actos de relacionamiento expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 413-2018, dicha Sala no tiene la facultad para variar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, habiéndose pronunciado ya esta Corte en su Sala permanente en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021:

“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.”

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, frente a las cuales el *a quo* determinó que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, y que además las restantes AFP a las que perteneció la

demandante, deben trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración y comisiones que hubieren percibido durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos, encuentra esta superioridad que tal decisión no se encuentra del todo acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por ende debe ser **ADICIONADA**, en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir los porcentajes que fueron descontados por dichas AFP de las cotizaciones de la demandante destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Las restantes AFP demandadas igualmente deberán devolver a COLPENSIONES los gastos o comisiones de administración, incluido el porcentaje descontado a la demandante durante el tiempo en que permaneció afiliada a estas AFP, destinadas a los seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, el 100% de las cotizaciones de la demandante durante estuvo afiliada a estas AFP, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Contrario a lo manifestado por las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y de PORVENIR S.A. en la apelación, 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 la actora 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.”

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo argumentado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, 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 tiene como consecuencia, que 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 de la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales ordenados por el juez de primera instancia, es necesario indicar que en lo concerniente al bono pensional que eventualmente pudiera haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensiona tipo A, toda

vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada a la actora, lo cual no se encuentra acreditado en el plenario, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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 prescripción de las cuotas de administración ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas estos 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.

Finalmente, en lo concerniente a los argumentos expuestos por el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegaciones, en el sentido que la declaratoria de ineficacia desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ya que pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este tipo de decisiones tienen un gran impacto fiscal, lo cual se podría traducir en la descapitalización del régimen de prima media, se ha de manifestar primeramente, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el

RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarias que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarias de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

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

COSTAS en esta instancia estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de PORVENIR S.A. por haber resultado vencidas 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 de las que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

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 16 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLADYS LUCÍA ACOSTA VALENCIA**, contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de declarar que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos financieros o intereses, y además los gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones sin descuento de ninguna índole.

Las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. igualmente deberán devolver a COLPENSIONES los gastos o comisiones de administración, incluido el porcentaje descontado a la demandante durante el tiempo en que permaneció afiliada a dichas AFP, que fue destinado a los seguros previsionales y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. Las agencias en derecho, se fijan en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las recurrentes.

La anterior sentencia se notifica a las partes en **EDICTO**.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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: **295cdbce15cf279288657d5f12998ec7ef0e94f01b907ee756eb7417c2bb6ee8**

Documento generado en 18/08/2022 03:23:18 PM

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