

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Demandante: Beatriz Elena Puerta Restrepo

Demandadas: Protección, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones.

Radicado: 05001 31 05 005 2019 00262 00

AUTO

Para representar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se le reconoce personería jurídica al doctor Jorge Enrique Martínez Sierra, identificado con cédula de ciudadanía 79.914.477 y tarjeta profesional 158.703 del Consejo Superior de la Judicatura. Y para representar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se le reconoce personería jurídica a la doctora Sandra Milena Naranjo Salazar, identificada con cédula de ciudadanía 39.175.420 y tarjeta profesional 255.677 del Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 001 31 05 005 2019 00262 00 promovido por la señora **BEATRIZ ELENA PUERTA RESTREPO** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - PROTECCIÓN, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de Protección y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. frente a la sentencia emitida el 21 de enero de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín. Y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de emergencia, económica, social y ecológica”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **126**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La señora Beatriz Elena Puerta Restrepo demandó a Colpensiones, a Protección, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. pretendiendo se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección, y como consecuencia, se disponga el restablecimiento de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- del capital y los rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual, y la validación de estos aportes por parte de Colpensiones. Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde febrero de 1984. En julio de 1995, recibió una visita de “asesores comerciales” de Protección en la empresa donde

laboraba. En la reunión les indicaron que al trasladarse de Régimen obtendría una mejor pensión, la posibilidad de pensionarse en cualquier tiempo, incluso antes de la edad requerida pues el Instituto de Seguros Sociales entraría en liquidación y las personas afiliadas a dicha entidad perderían su pensión y dinero. Que al sentirse respaldada por su empleador, accedió a trasladarse de régimen. En 2004 cuando laboraba con otro empleador, fue trasladada a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin mediar asesoría alguna, únicamente firmó el formulario de afiliación cuando comenzó su relación laboral. En 2009, solicitó al ISS su traslado al RPM, solicitud que fue negada argumentando que le faltaban menos de diez años para pensionarse. En 2011, recibió la visita de una asesora de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., quien insistió en su traslado a dicho Fondo. En 2014, se vinculó de nuevo a Protección, porque “le generaba confianza” por pertenecer al mismo grupo empresarial del cual hacía parte su empleador, sin embargo, no recibió asesoría por parte de dicho Fondo. El 18 de enero de 2018 solicitó asesoría preliminar para su pensión de vejez, en la que observó que lo ofrecido inicialmente no era cierto. El 12 de marzo de 2018 radicó solicitud de pensión de vejez en Protección. El 13 de septiembre de 2018 radicó derecho de petición ante los Fondos Privados Protección, Old Mutual Pensiones y Cesantías y Porvenir S.A., solicitando su historia laboral de aportes, información de bono pensional, proyecciones financieras comparativas, formularios de afiliación y formularios de asesoría o re-asesoría que hubiese sido prestada por las AFP. El 4 de octubre de 2018 Protección dio respuesta negativa argumentando que ya había presentado solicitud de pensión de vejez y se encontraba en “etapa de normalización”. Mediante comunicado 2018_11564127_116599977 del 14 de mayo de 2018 Colpensiones negó la solicitud de traslado al RPM. El 13 de marzo de 2019, radicó ante Protección S.A., desistimiento del trámite de su pensión de vejez.

En sentencia proferida el 21 de enero de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado de la señora Beatriz Elena Puerta del Régimen del Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de

Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., entendiéndose que la demandante ha estado afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y les ordenó: i) A Protección, trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos financieros e intereses que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio el concepto de las cuotas de administración, a Colpeniones. ii) A la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., trasladar a Colpensiones el concepto por gastos de administración en proporción al tiempo que estuvo afiliada la demandante. Y iii) A Colpensiones recibir de Protección los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la accionante. Y condenó a Protección, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. a pagar las costas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no comparte la decisión de primera instancia. Primero, porque no se atentó contra la suscripción de afiliación de la demandante y al tenor literal del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sólo se permite que el dolo impida o atente, en este caso no se acepta la figura de la culpa y aun así si en todo caso se aceptara la figura de la culpa ya tendría la afiliada que demostrar la omisión que iba encaminada a negar esa afiliación. Segundo, porque el Fondo Privado actuó de buena fe. Tercero, porque con respecto a la devolución de las cuotas de administración ha de tenerse en cuenta que durante todo el tiempo que la actora estuvo afiliada a Porvenir se administraron los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual con diligencia y cuidado conforme a la ley, lo que permitió generar rendimientos, constituyendo un enriquecimiento sin causa y abuso del derecho al declararse la ineficacia de manera injustificada. Y cuarto, porque Porvenir es una entidad de carácter privado con funciones públicas, por lo tanto, no puede pactar en contrario, allanarse, conciliar y la única opción es asistir al

proceso y oponerse a las pretensiones. Por lo que no se puede condenar en costas cuando no le queda ninguna otra opción.

La apoderada de Protección considera que no hay lugar a la devolución de las comisiones de administración, toda vez que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible, aplicable y vigente, se trata de comisiones ya pagadas y causadas, y en el hipotético caso que se asuma que Protección no realizó la gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, no debe proceder entonces al traslado de los aportes de la accionante con todos los rendimientos causados, pues estos se generaron producto de la gestión y la buena administración. Y aduce que en caso de que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que se deberán trasladar únicamente los aportes que se encuentren acreditados en la cuenta de ahorro individual para el momento de dicha declaración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. dentro del término legal allegó escrito de alegatos de conclusión haciendo referencia a los mismos puntos del recurso de apelación y adicionando que no se puede desconocer que la AFP, garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte. En el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma. Y que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada establece una serie de excepciones o pautas, de las cuales se

concluye que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada sustituta de Colpensiones, dentro del término legal allegó escrito de alegatos de conclusión argumentando que el engaño no se encuentra válidamente probado y con el formulario de afiliación se acentuaba el consentimiento y aceptación del afiliado y sería desproporcionado imponer una carga adicional a Colpensiones para probar los supuestos de hecho narrados.

Frente al recurso promovido por las apoderadas de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad los Artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por la demandante se torna ineficaz como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problema jurídico asociado, si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

CONSIDERACIONES

Esta Sala acoge el precedente jurisprudencial pacífico, que en temas en un principio de nulidad y posteriormente de ineficacia, ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia con ya 11 años de desarrollo, esto es, desde las sentencias 31989 y 31214 de 2008, cuando se analizó la situación que nos convoca bajo la óptica de la *nulidad del acto jurídico*, situación que cambió en cuanto a su consecuencia jurídica a partir de la sentencia SL 12136 de 2014.

La figura de la ineficacia, en materia de elección de un fondo pensional, tiene su sustento en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando hace referencia al hecho que si por cualquier forma se atenta contra el derecho a la afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se dejará sin efecto la afiliación respectiva.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de Protección, del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo el 7 de julio de 1995.

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su Decreto Reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, decreto 663 de 1993 en su artículo 97, que en su texto original previo a la Ley 795 de 2003, imponía suministrar la información necesaria para la transparencia, así como para permitir tener elementos de juicio claros y objetivos y así tomar la mejor opción, al igual que el Decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan.

Dentro de las formas como se puede atentar contra el derecho de libre elección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social integral, se encuentra el no cumplimiento de los mandatos legales antes enunciados, por lo que no se comparte la postura de la señora apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en su recurso de alzada, donde alega no existencia de actitud dolosa o culposa de su entidad, pues para la Sala basta la omisión del cumplimiento del deber de información, para que se active la consecuencia jurídica prevista en el artículo 271 del estatuto

de la Seguridad Social Integral, razón esta por lo que la buena fe alegada tampoco pueda representar la exoneración de responsabilidad de los fondos de pensiones, máxime que estos fueron creados como administradores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que han de tenerse como expertos en la materia sin que puedan exculpar sus omisiones de dicha forma.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multicitada figura de la *ineficacia*, esta no es susceptible de saneamiento, a más que lo se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por la asegurada el 7 de julio de 1995, por tanto, el análisis debe centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información de dicho momento lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento del traslado de la actora: "...1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado..." y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: "...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán

suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado...”, por lo que la Honorable Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que a la señora Beatriz Elena Puerta Restrepo, no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al respecto es lo narrado por la actora el interrogatorio de parte, donde advierte que no le dieron mayores explicaciones distintas a que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, que sus aportes generarían rendimientos, que podía escoger quien heredaba la pensión, que el Fondo funcionaba como un ahorro y que si no seguía trabajando, tendría disponible lo que tuviera ahorrado.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación o traslado, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; “...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia “...en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o

de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”.

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en un formulario de traslado de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de traslado de régimen.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, “...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en

transición...” (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

Esta Sala, acoge el planteamiento en la medida que se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia petitionada. Además, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al régimen de ahorro individual por parte de la asegurada a Protección y su vinculación posterior a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

Las apoderadas de Protección y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, no comparten la orden de devolución de las cuotas de administración, empero, a juicio de la Sala, la postura planteada por las mencionadas representantes judiciales en los recursos de apelación no está llamada a prosperar, en la medida que las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos generados por éstos en cada uno de los Fondos Privados, así como los descuentos efectuados para gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a dichos Fondos Privados, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho. (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por las AFP a las aseguradoras, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Es importante relieves como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió reciente y puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

“...De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional...”.

En el sentido antes mencionado, esta Sala de Decisión, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colpensiones una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias ente uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y, de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con cargo a su propio patrimonio, sin que sea predicable un enriquecimiento sin causa.

En ilación a lo anterior, en caso que la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, serán Protección, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. quienes asuman la diferencia que resultare, en proporción al periodo durante el cual la mencionada permaneció afiliada a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones referidas. Por ende, se adicionará en este aspecto la decisión.

No sobra advertir, que la regla del artículo 1746 del Código Civil no se limita al caso de pérdidas o deterioros, la misma es una previsión legal adicional a las restituciones a que hubiese legal, y es por ello que se itera, esta Sala acoge en las restituciones las reglas pacíficas al respecto dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las anteriores referencias de esta providencia, para lo cual además no puede perderse del horizonte que los rendimientos son generados por un capital aportado a título de cotizaciones del trabajador y su empleador, por lo que no es aceptable el planteamiento de un supuesto enriquecimiento sin causa expuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en su recurso de apelación, así como tampoco el argumento de la

Señora Apoderada de Protección, en la misma oportunidad, en el sentido de referir que las restituciones no deberían comprender los rendimientos ante la declaratoria de ineficacia.

En consecuencia, se modificará y adicionará el numeral tercero de la providencia.

Ahora bien, se debe ocupar la Sala del análisis de la excepción de mérito de prescripción, la cual fue alegada por las codemandadas. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que desde la existencia del Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia ha sostenido de manera invariable que el derecho a la pensión en sí mismo no prescribe, por ser una prestación social cuyo disfrute obedece al hecho de ser de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, empero prescriben las mesadas o los reajustes pensionales exigibles que no se hubiesen cobrado por su beneficiario dentro del lapso trienal previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Sentencias de 18 de diciembre de 1954; y 18 de febrero de 2005, Radicado 21.378).

Adicionalmente, en la Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: **i)** que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación; **ii)** que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de su reconocimiento; **iii)** que los hechos o estados jurídicos no prescriben, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello”; y **iv)** que esta última tesis cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, porque la sentencia que la declara, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las

codemandadas, se reitera, por encontrarse en estudio el tema bajo los presupuestos de la ineficacia.

Por último, plantea la apoderada de Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que al ser una entidad privada que administra recursos públicos, le es menester oponerse a las pretensiones de la demanda, por lo que no se puede condenar en costas cuando no le queda ninguna otra opción.

Al respecto, considera la Sala que le asiste derecho a la mencionada apoderada porque la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado inicial de régimen pensional de la actora, acaecido en 1995, pues es claro que no fue la primera AFP privada a la que se afilió, por lo tanto no tendría obligación de suministrar asesoría sobre el traslado de régimen pensional, no siendo esta sociedad la que con su actuar generó la ineficacia del traslado y por ende este litigio. En consecuencia, se revocará la condena en costas impuesta en primera instancia a dicha AFP.

Las costas de la primera instancia corren en favor de la señora Beatriz Elena Puerta Restrepo y a cargo de Protección y de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

En esta instancia corren en favor de la demandante y a cargo de Protección y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Se fijan, las agencias en derecho en la suma de \$877.803,00.

Así las cosas, se confirmará, modificará, adicionará y revocará la decisión que se revisa en apelación y consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

PRIMERO: Adicionar el numeral primero de la providencia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora Beatriz Elena Puerta Restrepo a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

SEGUNDO: Modificar y adicionar el numeral tercero de la providencia, así:

Se **condena:** A Protección, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., trasladar a Colpensiones, además de los aportes que recibió con motivo de la afiliación de la señora Beatriz Elena Puerta Restrepo, esto es, los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo, así como los gastos u cuotas de administración de la cuenta; las sumas adicionales de la aseguradora y las sumas dinerarias que correspondan a los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a cada uno de los Fondos Privados, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho.

TERCERO: Condenar a Colpensiones, a recibir de Protección, de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., los valores aludidos en el anterior numeral, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante.

CUARTO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia en el sentido de que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, tales como: rendimientos generados por los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, serán Protección, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. quienes asuman la diferencia que resultare, en proporción al periodo durante el cual la mencionada permaneció afiliada a cada una de las Administradora de Fondos de Pensiones referidas.

QUINTO: Revocar la condena en costas impuesta en primera instancia a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEXTO: Las costas de la primera instancia corren en favor de la señora Beatriz Elena Puerta Restrepo y a cargo de Protección y de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

En esta instancia corren en favor de la demandante y a cargo de Protección y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Se fijan, las agencias en derecho en la suma de \$877.803,00.

SEPTIMO: Confirmar en lo demás la decisión que se revisa en apelación y consulta.

Lo resuelto se notifica en **ESTADOS**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

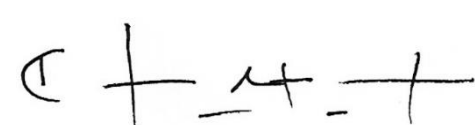
Los Magistrados,



Jaime Alberto Aristizábal Gómez



John/Jairo Acosta Pérez



Francisco Arango Torres

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADO** No. **139** fijado hoy en la secretaría de Este Tribunal a las 8 a.m. Medellín, **24 de Septiembre de 2020**

Secretario