



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	María Cecilia Arroyave Henao
DEMANDADOS	AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 2º Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 3105 002 2020 00098 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro.77 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca, modifica y adiciona

En la fecha, **veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza, y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **María Cecilia Arroyave Henao**. Radicado único nacional 05001 3105 **002 2020 00098** 01. También se conoce en consulta, en lo no recurrido, a favor de Colpensiones.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, procede a

emitir sentencia, según proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, acta Nro. 12 que se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende la demandante se declare la ineficacia, dejando sin efecto jurídico la afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., disponiéndose su regreso automático a Colpensiones como administradora del RPMPD, todo debido a la información parcializada que le suministró el fondo privado; se ordene a la AFP Porvenir S.A. retornar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, sumas adicionales de la aseguradora, sin que pueda descontar monto alguno por gastos de administración, reaseguros, garantía de pensión mínima, debiendo asumir de su propio peculio los conceptos a que haya lugar; se ordene a COLPENSIONES recibir dicho capital y autorizar el regreso de la demandante, sin solución de continuidad. Solicita también condena en costas.

En sustento de ello afirma que, estuvo afiliada al RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones, desde el 18 de septiembre de 1980 hasta el 26 de julio de 1994; para el mes de mayo de esta última anualidad fue visitada en su lugar de trabajo por una asesora de Porvenir, quien luego de indagarle por sus datos personales, edad, tiempo cotizado y salario devengado para ese momento le indicó que le convenía trasladarse al RAIS, recordando como información suministrada que el dinero de los aportes iba a estar garantizado con ellos porque el ISS iba a desaparecer y corría el riesgo de perder el dinero, también se le señaló que la cotización seguía siendo en el mismo valor, pensionándose a menor edad, con mayor valor que en el ISS, pero no le explicaron que el RAIS era muy diferente al RPMPD, ni las modalidades de pensión en aquel, ni lo relativo a la redención del bono pensional, ni la pensión anticipada, ni aportes voluntarios y menos le

entregaron cuadros comparativos o proyección pensional en ambos regímenes, suscribiendo formulario para ese fondo, al que continua afiliada. Posteriormente recibió información de los medios de comunicación y de sus compañeros frente a que su mesada no era la más beneficiosa, por lo que procedió a solicitar una proyección a la AFP, entregándosele simulador para el 28 de marzo de 2018, señalándole que cotizando el 100% del tiempo, a los 57 años, tendría un valor de \$2.474.500 y efectuando los cálculos en el RPMPD obtendría un valor de \$11.635.377,13, intentando regresar al fondo público sin que se haya emitido pronunciamiento, quien le respondió fue Porvenir, señalándole que no era posible por no tener cotizadas 750 semanas el 1º de abril de 1994. El 31 de enero de 2020 radicó solicitud de traslado a Colpensiones lo que le fue negado por encontrarse a menos de 10 años del requisito para pensión, sin que conociera de tal restricción porque el fondo privado no se lo advirtió. Puntualiza que la reclamación administrativa se encuentra debidamente agotada.

Subsanados los defectos advertidos por el juzgado de conocimiento, en auto del **04 de marzo de 2020** se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de tal actuación las entidades accionadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, admite la afiliación de la demandante a esa entidad, pero indica que cotizó hasta el 04 de julio de 1990. Es cierta la solicitud de traslado de régimen efectuada el 31 de enero de 2020 y la respuesta a la misma, con lo que se agotó la reclamación administrativa, los demás supuestos no le constan o no son ciertos. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración – seguros previsionales y comisiones indexadas, prescripción, imposibilidad de condena en costas, compensación, innominada y la genérica.

La **AFP Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones, por haber sido valido el traslado de régimen. Frente a los **hechos**, no le consta la afiliación al RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones ni los aportes efectuados por ser una entidad ajena a esa sociedad. NO es cierto lo redactado en el hecho segundo, pues *los asesores comerciales de la AFP PORVENIR S.A. suministran una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, siendo finalmente la afiliada quien elige vincularse o no al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de forma libre, voluntaria e informada.* Agregando que es cierto *que existe la posibilidad de pensionarse anticipadamente sin tener en cuenta semanas y edad, puesto que la ley así lo permite, por ser un sistema estructurado con base en los aportes y rendimientos, pero así mismo, mi representada brindó toda la información clara, suficiente y veraz, en cumplimiento de la normatividad vigente en su momento, sin que se pueda dar efectos retroactivos a normatividades posteriores.* Los demás supuestos no son ciertos o no le constan.

En los hechos y fundamentos de defensa explica que no hay razones para decretar la ineficacia o nulidad de traslado de régimen pensional; que como administradora de pensiones cumplió cabalmente la obligación de dar información a la demandante en los términos y condiciones en que se establecía para la fecha del acto, estando la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado, por disposición legal, contando con plena capacidad legal para decidir, teniendo también la actora el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado y sus consecuencias; explica que la finalidad del sistema general de pensiones se cumplió frente a la demandante, que se le informó en relación con la incidencia del traslado, quedando expresamente manifestado en el formulario de afiliación la libertad y voluntariedad en tal decisión, y aún de considerarse, en gracia de discusión que no hubo la debida información, no es por si solo suficiente para la ineficacia del traslado, habiendo contada la afiliada con varias oportunidades para trasladarse de régimen sin que lo hubiera hecho, sin que exista dentro del ordenamiento legal precepto que establezca la ineficacia de traslado de régimen de pensiones por ausencia de información

completa al afiliado. Que la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social no es una relación contractual y por tanto, no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante por parte de la administradora de fondo de pensiones, existiendo buena fe objetiva de la AFP accionada, encontrándose prescritas las acciones para reclamar la ineficacia o nulidad del acto de traslado de régimen y en el evento de accederse a ello, no hay lugar al retorno de los gastos de administración y prima de seguro previsional. Formuló las **excepciones** de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en la que declaró **la ineficacia** del traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., efectuado por la demandante, condenando a esta sociedad a retornarla al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones y a restituir todos los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual que se hayan recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, **ahorros voluntarios art. 62 de la Ley 100 de 1993, con excepción únicamente de los dineros descontados por cuotas de administración;** ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación en el RPMPD sin solución de continuidad, recibir todos los valores que le sean trasladados por la AFP Porvenir, y corregir la historia laboral. Declaró **oficiosamente probada la excepción de inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración de la cuenta de ahorro individual** y no probada la de prescripción. Las demás implícitamente resueltas. Impuso condena en costas a Porvenir S.A., fijando el monto de las agencias en derecho y exoneró a Colpensiones de este concepto.

Argumentó el fallador que la AFP no allegó a los autos prueba de la clara, suficiente y veraz información suministrada a la demandante al momento del traslado de régimen, sin que baste la suscripción de un formulario con leyenda pre impresa, razón por la que declaró la ineficacia de tal acto, con las restituciones a las que se hizo alusión, incluidos los aportes voluntarios, salvo los gastos de administración, porque aun declarada la ineficacia, se tiene que el acto de traslado surtió efectos en el tiempo, y precisamente a raíz de ello se produjeron rendimientos financieros que también se ordena restituir a COLPENSIONES, luego, devolver los dos conceptos sería injusto e inequitativo, agregando que parte del porcentaje por gastos de administración va a la garantía de pensión mínima, sin que se hubiere vinculado al trámite al fondo al que va destinado, y también que algunos habrían prescrito al no estar directamente relacionados con el derecho pensional, pide entonces el fallador reconsiderar este punto particular, al no existir pronunciamiento expreso de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema sobre el mismo.

Recurso de apelación oportunamente interpuesto por las entidades demandadas así:

La **AFP Porvenir S.A.**, pide se revoque la sentencia y absuelva de las condenas en su contra, teniendo en cuenta que para la fecha de la vinculación, aunque no se niega la existencia del deber de información, este no tenía la estructuración o nivel de especificidad que se exige en la actualidad, de ahí que se le brindó a la afiliada en forma verbal, como lo manifestara en interrogatorio de parte y con ello decidió de manera voluntaria vincularse al RAIS firmando el formulario, único soporte exigible para tal calenda, estableciéndose con el interrogatorio de parte que conocía los requisitos para pensionarse en el ISS y aun así decidió que Porvenir era la mejor opción para su situación pensional, con base en la información que se le dio, teniendo a su alcance diversos canales de comunicación para conocer los cambios normativos y situación pensional, recibiendo

constantemente reportes de la historia laboral, siendo una profesional con capacidad académica para entender la información suministrada, destacando su actitud pasiva durante vinculación porque no ha acudido a ningún canal de comunicación de Porvenir, denotando con ello un claro desinterés por su situación pensional y solo adportas de obtener la mesada decide acudir al proceso por un tema de expectativa pensional que escapaba a la AFP y que no es óbice para aducir falta de información o engaño, razón por la que pide revocar la sentencia; pero si en gracia de discusión se deja en firme la decisión, solicita se mantenga la exoneración de restitución de gastos de administración conforme a los argumentos del juez de primer grado, igual que el porcentaje destinando a seguro previsional y garantía de pensión mínima.

Colpensiones, manifiesta inconformidad respecto a la no devolución de cuotas de administración y pensión mínima, teniendo en cuenta que si lo que se busca es la ineficacia, esta tiene como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, como si el acto de traslado no hubiese existido, por lo que se deben trasladar también estos conceptos, como lo tiene decantado jurisprudencia especializada, sentencia 31989 de 2008, reiterada en sentencia del 29 de julio de 2020, pues esos dineros conjuntamente con los rendimientos financian la pensión y de no ordenarse tal devolución se generaría un enriquecimiento sin causa para la AFP y un deterioro de recursos para COLPENSIONES, pues son requeridos para capitalizar el fondo de naturaleza común. Por tal motivo solicita se revoque parcialmente la sentencia en su numeral 2º en cuanto a las cuotas de administración y se ordene su devolución completa.

En lo no recurrido, desfavorable a Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso la apoderada de **Colpensiones**, reiterando la imposibilidad de tránsito entre regímenes para aquellos afiliados a quienes les falte 10 o menos años para arribar a la edad para pensión, en los términos del art. 2º de la Ley 797 de 2003, modificadorio del 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, sin que se haya demostrado la existencia de vicios del consentimiento en el acto de traslado, lo que ilustra con apartes de la sentencia T 422 de 2011, máxime cuando en interrogatorio de parte efectuado a la demandante, con sus efectos legales de confesión, indicó que la firma del formulario de afiliación a Porvenir fue de manera voluntaria y no hubo presiones por parte de un tercero ni por el asesor del fondo.

Adicionalmente, pide tener en cuenta la sentencia SL2877-2020 rad. 78.666 del 29 de julio de 2020, frente al tema de las restituciones económicas, pidiendo revocar parcialmente la sentencia en el numeral segundo, para ordenar a Porvenir devolver a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

La apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, ratifica los puntos materia de inconformidad, esto es **la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante**, pues no existen razones jurídicas ni fácticas para ello, reiterando que es abogada desde 1990, vinculada a la Fiscalía en 1993, recibiendo la debida asesoría previa a tal acto y cumpliendo la AFP con el deber de información que para la época establecía el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, efectuando además campañas masivas de educación al consumidor financiero y realizando comunicados de prensa para informar los cambios normativos, sin que se exigiera prueba documental frente a la información suministrada, surgiendo y desarrollándose jurisprudencialmente

la obligación del buen consejo con posterioridad, incumpliendo la demandante con el deber de diligencia y cuidado, estando las condiciones para adquirir pensión en el RAIS reguladas por la Ley 100 de 1993.

Agrega que **no hay lugar a restituir lo descontado por gastos de administración** por tener los mismos sustento y destinación legal (art. 20 ley 100 de 1993), y además haber cumplido estos plenamente su cometido, sin que se encuentren en el patrimonio de la AFP, atentando tal orden contra la lógica y constituyendo un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, debiéndose velar por la sostenibilidad financiera del sistema como se explicó en sentencia del 14 de agosto de 2019 en la que la Sala especializada de esta Corporación definió el tema atinente a la improcedencia de ineficacia de traslado para pensionados, y como se ilustra con concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020, cuyo texto adjunta.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

De acuerdo con el recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, o por el contrario la razón está de parte de la AFP Porvenir S.A. En el evento de llegarse a la misma conclusión de la primera instancia, se establecerá si es viable el retorno automático de la actora al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, y los conceptos que estas comprenden.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y

a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera el cumplimiento de tal exigencia y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020,

rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

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

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

Contradictorios y carentes de sustento probatorio resultan los argumentos de defensa de la AFP, cuando afirma que a la actora se le suministró *una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz*, pues al responder el hecho primero advierte que no le consta la afiliación al régimen de prima media a través del ISS hoy Colpensiones por ser una administradora ajena a esa sociedad, indicando luego que el único documento exigido era el formulario de afiliación con leyenda pre impresa, ajustado en este caso a las exigencias de ley, lo que no se cuestiona, pero el mismo no demuestra la ilustración brindada a la afiliada, tal como se ha explicado insistentemente por la jurisprudencia especializada, ver entre otras sentencia SL373-2021, en la que indica:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información

necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

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

....

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

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

Luego, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo la consecuencia idéntica a la de la nulidad, esto es, vuelta al estado anterior, explicándose por la Sala de Casación Laboral que en estos casos:

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

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

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

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Subrayado intencional.

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

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

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

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

Y concluye la Corte:

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

Acogiéndose por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad los expuestos por el fallador de primer grado tendientes a excluir de la orden de restitución las cuotas de administración y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, lo que se respalda por la apoderada de la AFP Porvenir S.A., máxime cuando en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

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

Sin que se cumplan en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, razón por la que se **revoca parcialmente el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia** para ordenar a la **AFP Porvenir S.A., incluir dentro de las sumas a restituir a COLPENSIONES, el monto descontado por gastos de administración** (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima), por ser esta una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia de su traslado, **restitución que se**

debe hacer dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, punto en el que se **adiciona este numeral**.

Lo anterior implica revocar también parcialmente el numeral sexto de la parte resolutive de la providencia, en cuanto declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación de devolver los dineros por cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual deducidos por la AFP Porvenir S.A..

Debe advertirse que **las cotizaciones voluntarias** efectuadas con fundamento en artículo 62 de la Ley 100 de 1993, no tienen cabida dentro del régimen de prima media con prestación definida, y por consiguiente al declararse la ineficacia, la administradora del RAIS deberá informar a la afiliada la posibilidad de retirar las mismas o trasladarlas al fondo de pensiones voluntarias. En caso de que guarde silencio, estas quedarán a su disposición en la cuenta de aportes de no vinculados, estando esta solución prevista en el artículo 9º del Decreto 3995 de 2008, se **revoca la decisión en este apartado del numeral 2º de la parte resolutive**.

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil y según la jurisprudencia especializada sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera *«de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles»*, razón por la cual *«el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional»*, al ser *«es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social»*, que redundando en *«un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional»* no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

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

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. a quien se resuelve adversamente el recurso, y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526,00.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca parcialmente, modifica y adiciona** la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito, en lo que corresponde a la afiliada **María Cecilia Arroyave Henao** así:

Revoca parcialmente el numeral segundo en el sentido de ordenar a la **AFP Porvenir S.A** devolver a COLPENSIONES **la totalidad de las cotizaciones obligatorias** recibidas con motivo de la afiliación de la demandante al RAIS, con los rendimientos financieros, sin deducción alguna por gastos de administración, garantía de pensión mínima ni ningún otro concepto, obligación que debe cumplirse dentro de los **30 días siguientes** a la ejecutoria de esta decisión. **Excluye de esta orden** los aportes voluntarios, debiéndose proceder frente a los mismos, en caso de existir, en la forma explicada en la parte motiva. **Revoca parcialmente el numeral sexto**, en cuanto declaró oficiosamente probada la excepción de inexistencia de la obligación de devolver los dineros descontados por concepto de cuotas de administración en favor de la AFP aquí accionada. **En lo demás se confirma la providencia revisada.**

Las costas en esta instancia corren a cargo de la **AFP Porvenir S.A.**, a quien resulta adverso el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526,00.

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

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Rad.: 05001 3105 **002 2020 00098** 01
Dte.: María Cecilia Arroyave Henao
Dda.: AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 69** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **26 de abril de 2021.**