

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

| | |
|------------------|--|
| PROCESO | Ordinario |
| DEMANDANTE | Luis Alberto Álvarez Castrillón |
| DEMANDADO | AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES |
| PROCEDENCIA | Juzgado 018 Laboral del Cto. de Medellín |
| RADICADO | 05001 3105 018 2019 00539 01 |
| INSTANCIA | SEGUNDA |
| PROVIDENCIA | SENTENCIA Nro. 079 de 2021 |
| TEMAS Y SUBTEMAS | Ineficacia de traslado |
| DECISIÓN | confirma |

En la fecha, **veintiséis (26) 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 como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación formulado por el apoderado de **la AFP Porvenir S.A.** y grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Luis Alberto Álvarez Castrillón**, código de radicado único nacional 05001 3105 **018 2019 00539** 01.

Auto: de conformidad con la documentación enviada vía correo electrónico, se le reconocer personería al doctor Jorge Enrique Martínez Sierra, para que continúe con la representación de Porvenir S.A.

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 del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto

discutido y aprobado virtualmente en acta N° **013**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide el demandante se deje sin efecto la afiliación al RAIS a través de la **AFP Porvenir S.A.**, pues obedeció a una omisión en el deber de información, en consecuencia, se tenga afiliado sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y se condene a la AFP a trasladar el total de los aportes de la cuenta de ahorro individual al fondo público, entidad que deberá recibir tales recursos. Pide también condena en costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, nació el 20 de noviembre de 1961, realizando aportes al ISS hoy Colpensiones entre el 1 de abril de 1985 y el mes de noviembre de 2001, cuando decidió trasladarse al régimen de ahorro individual a través de Horizonte hoy Porvenir S.A., entidad que no le informó las consecuencias que aparejaba tal acto, ni las diferencias con el régimen de prima media, frente a la edad, el monto y capital para pensionarse, sumado a que antes de cumplir los 52 años, no se le indicó que podía retornar al régimen público y esa era su única oportunidad. Arguye que el 29 de agosto de 2019 le solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones el traslado de régimen, el cual fue rechazado.

En auto del 20 de septiembre de 2019 se admitió y ordenó dar trámite a la acción, debidamente enteradas de tal actuación las entidades demandadas allegaron escritos de respuesta así:

Colpensiones acepta como cierta la fecha de nacimiento del actor, las cotizaciones efectuadas entre 1985 y 2001, la solicitud elevada tendiente a que se permitiera el traslado de régimen y la respuesta negativa dada a la misma; los demás supuestos no le constan al corresponder a situaciones propias de otra administradora. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de prescripción, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen, devolución de cuotas de administración, buena fe, improcedencia de condena en costas y compensación.

La **AFP Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos dice que no le consta la fecha de nacimiento del demandante, debiéndose probar de manera idónea, tampoco le consta la afiliación al régimen de prima media, al tratarse de una situación ajena. Se atuvo a lo establecido en el formulario el cual indica que la fecha de afiliación fue el 19 de noviembre de 2001, acto que se realizó de manera libre y espontánea, después de una asesoría suficiente y eficaz, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, adicional a que la parte no puede desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Expuso los fundamentos y razones de derecho de su defensa y formuló **las excepciones** de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el **Juzgado 18 Laboral del Circuito el 20 de enero de 2021**, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPMPD a la AFP Porvenir S.A., ordenando a esta sociedad efectuar **la restitución inmediata de todos los valores que hubiere recibido con**

motivo de su vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubiere causado, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, a COLPENSIONES, entidad que debe reactivar la afiliación, recibir las sumas que se ordena restituir y continuar como administradora de pensiones, consolidando en debida forma la historia laboral. Declaró infundada la excepción de prescripción, las demás implícitamente resultas y gravó con costas a la AFP fijando el monto de las agencias en derecho.

Argumentó la falladora que el punto de partida para el análisis del asunto planteado es la selección libre y voluntaria de régimen pensional en los términos del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, lo que se debe hacer en formulario escrito, si no se cumple con tales condiciones la misma deviene ineficaz, artículo 271 del mismo estatuto, recayendo en las administradoras de pensiones el deber de información al tener una responsabilidad de carácter profesional, invirtiéndose en estos eventos la carga de la prueba, sin que se haya demostrado el cumplimiento de tal deber por parte de la AFP, pues no se le explicaron al actor las diferencias entre los regímenes, ventajas y desventajas, sin que ello se infiera del formulario de afiliación y sin que en el interrogatorio de parte se hubiere efectuado confesión sobre el particular, luego no puede hablarse de una voluntad informada, citando como sustento apartes de jurisprudencia especializada.

Recurso de apelación

Fue oportunamente interpuesto por el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, manifestado inconformidad con la declaratoria de ineficacia y la orden devolución de cuotas de administración, indicando para ello que, de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional para el caso no

se configura una ineficacia en sentido estricto, adicional a que tampoco la Ley 100 de 1993, ni los decretos reglamentarios, establecen que la omisión en el deber de información trae como consecuencia jurídica la ineficacia en este sentido, pues, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, trae como consecuencia es que se deje sin efecto la afiliación, pudiendo el trabajador realizar un nuevo acto, bajo supuestos diferentes, sin que las cosas se retrotraigan al estado inicial, así como que la persona se devuelve al régimen de prima media con prestación definida, y se trasladen los gastos de administración, en tanto, es un concepto de tracto sucesivo no susceptibles de restitución, que se causa tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual y que en ningún caso se utiliza para financiar la pensión, por lo que de ordenar la devolución de los mismos se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa, adicional a ser un aspecto económico sobre el que opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

En favor de Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

De la etapa para presentar alegatos hizo uso **Colpensiones** solicitando la confirmación de la decisión, para ello esgrimió que al actor le falta menos de 10 años para pensionarse, razón por la cual existe una prohibición legal que lo impide, de manera subsidiaria y en caso de confirmarse la decisión pide se le ordene a Porvenir devolver a Colpensiones todo el capital, los rendimientos, cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones, frutos e intereses que se hayan generado y que estos valores sean **indexados**.

Porvenir S.A., insta para que se revoque la sentencia al no existir fundamento jurídico ni factico para declarar la ineficacia, en tanto el

acto jurídico de traslado se efectuó forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios, suscribiendo la actora el formulario en el cual se hace expresa mención sobre la circunstancia 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, sumado a que se le informó sobre la posibilidad de retractarse de su decisión, cumpliendo con la carga probatoria que acreditar que se brindó una asesoría completa, veraz y oportuna.

Indica que en caso de confirmarse la sentencia en cuanto a la declaratoria de ineficacia, se debe de modificar y con ello absolverla 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, a más que la teología de la norma tiene como objeto la retribución a la labor de la administración de los aportes que ejecuta la administradora, y 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.

Finalmente, aduce que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que

tampoco proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación del 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 posible el retorno automático del actor 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, y en la Ley 795 de 2003, entre otras; 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 su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por reasesoría posterior o por los actos de relacionamiento, 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, 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, SL5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020), 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).

Y no es suficiente la suscripción de formulario con leyenda preimpresa para inferir la debida información, porque como se tiene decantado por la jurisprudencia especializada, en pronunciamientos que se condensan en sentencia de tutela radicación 59.370 del 06 de mayo de 2020:

¿El deber de información se acredita con la suscripción del formulario?

Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Así, en sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL19447-2017 y SL4964-2018, la Corte adoctrinó:

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

A su vez, en sentencia CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017 y CSJ SL4964-2018 señaló:

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

En idéntica dirección, en fallo CSJ SL19447-2017 refirió:

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho

consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó.

[...] De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Finalmente, en sentencia CSJ SL1452-2019, se consolidó que:

[...] el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Precisando:

... el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como parece entenderlo de manera equivocada el Tribunal encausado. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (numeral 1.º, artículo 97 del Decreto 663 de 1993), premisa que implica una 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, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.
Subrayas fuera del texto original.

Véase igualmente y con postura más reciente las sentencias SL145 y SL373, ambas de 2021.

Brillando por su ausencia prueba de la asesoría completa y detallada sobre las características y condiciones del RAIS, y sus diferencias con el RPMPD, que se afirma en el escrito de contestación de demanda se le

brindó al actor al momento de su traslado, pues como se explica en la línea mayoritaria de la jurisprudencia especializada, la misma está a cargo de las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado 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». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes».*

Luego, contrario a lo expuesto por el recurrente y atendiendo el precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, el cual es de obligatorio acatamiento (inciso 2º art. 7º del C.G. del P. aplicable por remisión en materia laboral, en concordancia con la sentencia C 621-2015), acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, por incumplimiento al deber de información por parte de la AFP accionada, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica, y sus efectos son idénticos a los de la nulidad – 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, advirtió:

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 cobija 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.

En relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima se dijo:

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.

Concluyendo 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».

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar en la sentencia SL081 de 2021, por lo que acogiendo por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las razones expuestas por Porvenir S.A. tendientes a excluir de la orden de restitución de **cuotas de administración** lo cual comprende los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, pues es claro que se debe devolver el aporte integro con los correspondientes rendimientos, 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 asuntos 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 también se mantiene la decisión de primera instancia en el tema de las restituciones económicas, debiendo advertirse que dichos rubros no se

encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues pese a que los mismos no están ligados al reconocimiento del a prestación, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterios ya expuestos de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral no se extingue por este fenómeno, sumado a que solo en el trámite del proceso es que fue declarada y como consecuencia se dispone su restitución.

Frente a la solicitud elevada por Colpensiones tendiente a que se indexen los rubros que se ordenan devolver por parte de la AFP, es de indicar que la misma no está llamada a prosperar, al estar dichas sumas aún en poder de la administradora, debiendo generar sobre los mismos unos rendimientos mínimos que evitan la pérdida del poder adquisitivo.

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.***

Finalmente, es de advertir que para el caso 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, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras 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 término extintivo y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. a quien se desata adversamente el recurso interpuesto, las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00** y en favor de la parte actora.

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, **confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Luis Alberto Álvarez Castrillón** contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**.

Costas a cargo de Porvenir S.A., las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00** en favor de la parte actora.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el 15 del Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 070** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **27 de abril de 2021.**

Secretario