

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Gustavo Adolfo Mesa Montoya
DEMANDADO	AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 016 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 016 2019 00212 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 106 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona sentencia

Hoy, **once (11) de junio 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 los apoderados de **la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, ordenado en sentencia proferida dentro del proceso ordinario promovido en contra de las mismas por **Gustavo Adolfo Mesa Montoya**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **016 2019 00212** 01.

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° **018**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Para lo que interesa a esta instancia se tiene que el demandante solicita se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de la **AFP Porvenir S.A.** y en consecuencia, se le ordene a esta entidad trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones y sus rendimientos. Pide también costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, el 13 de octubre de 1999, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, al habersele informado por parte de un asesor comercial de Porvenir S.A., que recibiría una mayor pensión que la del régimen de prima media, a más que se podría pensionar a la edad que quisiera. Que solicitó ante Colpensiones el retorno al régimen al contar con menos de 52 años, la cual fue negada por presentarse inconsistencias, no obstante, Asofondos, le indicó que para su caso no existía ninguna anomalía, razón por la cual el 14 de febrero de 2014, elevó una nueva petición, la cual fue resuelta de manera negativa por tener menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión. Que se le realizó una proyección de la mesada, la cual arrojó a los 62 años en el régimen de ahorro individual \$1.495.900.00, y en el régimen de prima media con prestación definida \$4.261.529,00.

En auto del 3 de abril 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 solicitud de traslado elevada por el actor antes de cumplir los 52 años, la respuesta dada por Asofondos, y la negativa de la entidad frente a la petición formulada en el 2014, al faltarle

menos de 10 años para la edad de pensión. Frente a los demás supuestos de hecho manifestó no constarle o no ser ciertos. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación de trasladar a la parte demandante al régimen de prima media con prestación definida, imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, improcedencia de la indexación de las condenas, y la genérica.

La **AFP Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó solo lo relativo a la afiliación al régimen de ahorro individual, no obstante, esgrimió que el actor fue asesorado y a raíz de ello, suscribió formulario de afiliación el 13 de octubre de 1999. Vinculación que efectuó después de haber recibido una información completa y pertinente, en la cual no se le crearon expectativas en cuanto al posible monto de su pensión en el RAIS, por cuanto las circunstancias futuras, en especial las económicas, son imprevisibles, aun con la mayor diligencia y cuidado, y mas aún en estos casos, donde los factores a tener en cuenta para el cálculo de la pensión presentan gran volatilidad a futuro. Expuso los fundamentos y razones de derecho de su defensa y formuló **las excepciones** de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, e innominada o genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el **Juzgado 16 Laboral del Circuito** en la que declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado del demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., entendiéndose que para todos los efectos siempre permaneció en el régimen de prima media; ordenó a la AFP Porvenir S.A., trasladar al demandante del RAIS al RPMPD administrado por COLPENSIONES y

devolver a este dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, incluyendo la cotizaciones completas, bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos de administración, ni los aportes a solidaridad, ni ningún otro concepto que haya recibido con ocasión del traslado, pues este no produjo ningún efecto; ordenó a COLPENSIONES, reactivar la afiliación, recibir los dineros que sean trasladados, y realizar el cálculo de equivalencias de los montos recibidos, de forma que no le genere perjuicio alguno recibir al actor; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a Porvenir S.A..

Argumentó el fallador que al no haberse brindado por el fondo privado al demandante una información clara, veraz, oportuna y comparada sobre ventajas y desventajas de la decisión de traslado de régimen pensional, como se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 68838 de 2019, lo procedente en este caso es la declaratoria de ineficacia del traslado, y en tales condiciones al no producir tal acto efecto alguno, deben retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere percibido el fondo privado con ocasión de la afiliación del actor, sin que haya lugar a descuento alguno.

Recurso de apelación

Interpuesto por la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando revocar en su totalidad la sentencia, indicando que no existe prueba fehaciente y contundente dentro del plenario que respalde la afirmación del actor en el sentido de que se le omitió información al momento de tomar la determinación de efectuar el traslado, adicional a que el acto jurídico suscrito goza de pena validez y fue producto de la voluntad de ambos contratantes, no resultando

dable invalidar la manifestación de voluntad plasmada en el correspondiente formulario.

Aduce igualmente que, el descuento por concepto de gastos de administración se efectuó teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 20 y 104 de la Ley 100 de 1993, resultando así, un imposible jurídico reintegrar dichos dineros, adicional a que dentro de los gastos de administración se encuentra un porcentaje destinado a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivientes, siendo trasladados dichos rubros a una aseguradora ajena a la entidad.

Colpensiones, se muestra inconforme con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, frente al tratamiento de la ineficacia de la afiliación, y para ello indica que en el caso no es dable aplicar la teoría de las negaciones indefinidas, y con ello el artículo 1604 del C.C., así como el traslado de la carga de la prueba y restarle validez a la firma impuesta en el formulario de vinculación, en tanto, con ello se eleva el estándar probatorio del extremo pasivo, lo cual constituye una extralimitación de las funciones de dicho órgano, pues, ello le corresponde al legislador.

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

De la oportunidad para presentar alegaciones, hizo uso **Colpensiones**, argumentando en síntesis, que para el caso no se dan las características de las negaciones indefinidas, por tal, le correspondía a la parte actora realizar un despliegue probatorio a fin de demostrar la insuficiencia en la información suministrada por la AFP, aspecto que no logro satisfacerse, adicional a que el modelo fijado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral a efectos de establecer la ineficacia de

la afiliación, se tornan inalcanzables e irrazonables, porque, el aumento del estándar probatorio, esto es, el alto nivel o intensidad de la información que según el órgano de cierre se debe alcanzar por quien edifica su defensa en haber suministrado información debida, aunado a la disminución del valor demostrativo del formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales para la época. Así, establecer que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, hace que pro vía jurisprudencial se determine en forma previa el peso probatorio del documento, puesto que lo convierte en una prueba legal, tasada o tarifada.

Aduce que el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, sólo se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones, por lo que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. En el evento de que se avale la ineficacia de la afiliación, solicita se le ordene al fondo privado que realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

Porvenir S.A., afirma que la selección de régimen y de administradora en un acto que concierne exclusivamente a la voluntad libre y espontánea del trabajador e implica la renuncia de permanecer al anterior régimen y el conocimiento de las diferencias que presentan los regímenes pensionales, consagrándose como requisito que dentro del respectivo formulario se dejará una manifestación expresa sobre tales condiciones, la cual se

respalda con la firma del afiliado en el formato pertinente, lo cual se cumplió la entidad.

Respecto al tema de devolución de gastos de administración, afirma que los mismos no pueden ser devueltos, en tanto, se causan tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual, adicional a que el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, establece que las entidades deben garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima en el manejo de los fondos de administran, lo cual se dio para el caso, por tal, al declararse la ineficacia de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuada por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos, sin que sea posible el traslado de sumas adicionales, así como tampoco el porcentaje de prima de seguros previsionales ya que fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, no se considera viable el traslado de dichos recursos en el caso que nos convoca.

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. y Colpensiones, 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 Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o 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 AFP 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, SL145-2021,

SL1217-2021), 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»;*

Sin que sea suficiente la firma de un formulario con leyenda pre impresa, que a lo sumo demuestra un consentimiento pero no que sea informado, 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 SÍ 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.

Adicional a que en sentencia SL1217 de 2021, y reiterando su precedente, dicho órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, insistió en que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se ajusta o acomoda lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba, aduciendo que:

“En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que *no*

recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir a la afiliada una prueba de este alcance sería un desatino, 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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Debiendo además tenerse en cuenta que el artículo 230 de la Carta Superior dispone:

Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Y el artículo 7º del C.G. del P., aplicable por remisión al procedimiento laboral, indica:

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, de la misma manera procederán cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

Declarándose exequible el inciso segundo de esta disposición en sentencia C – 621 de 2015, en la que se explica sobre la doctrina dictada por las altas Cortes:

Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.

Providencia en la que además se fijan las condiciones que debe cumplir la carga argumentativa para apartarse del precedente del tribunal de cierre, así:

Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento 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.

Aspecto este último también ilustrado por la jurisprudencia especializada en sentencia de tutela en que se analiza el tema de la ineficacia de traslado de régimen, con radicación 59370 del 6 de mayo de 2020, indicando que:

El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.

Pudiendo los jueces de inferior jerarquía apartarse del mismo con una argumentación que cumpla los requisitos de suficiencia y transparencia, concluyéndose:

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria deben seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.

Luego, contrario a lo afirmado por los recurrentes, y acogiendo está Sala el precedente jurisprudencial, el cual es de obligatorio acatamiento, resulta acertada 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 sus consecuencias idénticas a las 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 cubija 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 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 devengarán 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».

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar en la sentencia SL081 de 2021 y SL587 de 2021, por lo que acogíendose por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente que en línea mayoritaria sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, no tienen prosperidad las consideraciones expuestas en el recurso de alzada tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a *gastos de administración y*

seguros previsionales, adicional a que los supuestos planteados en esta demanda tienen identidad fáctica con los asuntos ya analizados por la alta corporación 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 por parte de Porvenir S.A., sumas que deben devolverse sin equivalencia alguna en comparación con la permanencia en el RPMPD. Punto en el que se revoca la decisión.

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 redunda 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. y Colpensiones a quienes se desata adversamente el recurso interpuesto, las agencias en derecho se fijan para cada una de las entidades 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, **revoca parcialmente el numeral cuarto** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario

promovido por **Gustavo Adolfo Mesa Montoya**, en contra **Porvenir S.A. y Colpensiones**, solo en cuanto a indicar que las sumas por restituciones deben devolverse sin equivalencia alguna en comparación con la permanencia en el RPMPD.

En lo demás se confirma la decisión revisada.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones a quienes se desata adversamente el recurso interpuesto, las agencias en derecho se fijan para cada una de las entidades en la suma de **\$908.526,00** y 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. 102** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **15 de junio de 2021**

Secretario