

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia, con el fin de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA ISABEL CORREDOR VILLAMIL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-013-2019-00037-01.

AUTO

De conformidad con el certificado de existencia y representación allegado al plenario por COLFONDOS S.A. junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería al abogado JAIR FERNANDO ATUESTA REY, portador de la T.P. 219.124 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLFONDOS S.A. en el presente proceso.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante

RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que comenzó a efectuar cotizaciones al RPM administrado por el ISS desde julio de 1984 hasta el 32 de julio de 1999 cotizando un total de 737,86 semanas.

Expone que en el mes de agosto de 1999 recibió una visita de un asesor de ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., quien para lograr su traslado al RAIS le prometió una serie de beneficios como un mejor monto pensional en el RAIS, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, la heredabilidad del dinero de la cuenta de ahorro individual, informándole que el ISS se iba a liquidar en poco tiempo y que por tanto su pensión estaba en riesgo, habiendo sido igualmente visitada por un asesor de COLFONDOS S.A. en octubre de 2001 y por un asesor de PORVENIR S.A. en abril de 2004.

Aduce que nunca recibió de parte de dichas AFP una asesoría jurídica, económica y financiera especializada en pensiones, por lo cual nunca estuvo un estudio de viabilidad financiera de su traslado al RAIS, nunca supo en qué consistía el traslado, ni sus implicaciones, ni las ventajas o desventajas de trasladarse de régimen, por lo cual siempre tuvo la certeza de que el RAIS le traería los mismos beneficios que el RPM, incumpliendo así con su obligación de informar de manera clara, completa, oportuna y veraz, de las ventajas y desventajas del RAIS para que de esta manera pudiera tomar la decisión de trasladarse al RAIS de manera informada, libre y voluntaria, entendiendo las consecuencias de su elección en cuanto a riesgos y beneficios.

Finalmente indica que el 24 de julio de 2018 radicó ante COLPENSIONES solicitud de traslado al RPM, solicitud que le fue despachada de manera negativa mediante respuesta de la misma fecha, indicándole que no resultaba procedente el traslado en tanto se encontraba a 10 años o menos de pensionarse.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de

ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1° de mayo del año 2004 con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiera permanecido en el RPM, y ordenando a COLPENSIONES recibir tales sumas de dinero.

En el mismo sentido, condenó a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cuotas y/o gastos de administración descontados durante los periodos en que la demandante estuvo afiliada a dichas AFP.

Para fulminar condena, la juez argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, se haya cumplido con el deber legal de otorgarle una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS a través de la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental imprescriptible.

Finalmente condenó en costas a las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., y se abstuvo de imponer condena en costas en contra de COLPENSIONES.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de trasladar a Colpensiones, lo correspondiente a las cuotas de administración, indicando que dichas comisiones o cuotas de administración son un descuento autorizado por Ley que faculta a las AFP para efectuar la deducción del 3% de los aportes realizados a sistema de pensiones, descuento que es utilizado para pagar los gastos de administración y las primas del seguro previsional y que opera tanto en el RAIS como en el RPM, y por tanto de cumplirse con el traslado de dichos valores se estaría configurando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, al recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, razón por la cual la condena impartida se traduce en un perjuicio económico para PROTECCIÓN S.A., toda vez que ha administrado de manera diligente los recursos de la demandante, motivos por los cuales solicita revocar la orden de devolver a Colpensiones dichas cuotas de administración.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR, apela la sentencia, solicitando que la misma sea revocada y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda, indicando que no se comparte la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia en sentido estricto, ni tampoco las consecuencias que se le dan a esta declaratoria, por cuanto va en contra del ordenamiento jurídico, pese a la existencia del precedente jurisprudencial que en los términos del artículo 230 de la Constitución Política dispone que esta es un criterio auxiliar.

Indica que en la parte motiva de la sentencia se asegura que el comportamiento de la demandante de trasladarse a PORVENIR S.A. por un mero favor no constituye ningún elemento que subsane la omisión del deber de información, decisión de la cual se aparta pues tal situación lo que permite es que la demandante se lucre de su propia culpa, pues se trasladó por un favor sin importarle cuales eran las condiciones del régimen.

En lo que tiene que ver con la orden de trasladar a Colpensiones Indica que no se entiende el porqué, si en la parte motiva de la sentencia se asegura que la demandante como consecuencia de la declaratoria de ineficacia nunca estuvo afiliada al RAIS y si el artículo 1746 del Código Civil otorga a las partes la posibilidad de retrotraer las cosas a su estado original, se ordena entonces el traslado de los rendimientos financieros a sabiendas que el RPM no genera rendimientos financieros, por lo que a su juicio la decisión de trasladar los gastos de administración y además dichos rendimientos que no se generan en el RPM, porque así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, va en contra de la justicia

Señala que, si la Corte Constitucional ha establecido jurisprudencialmente la diferencia entre ineficacia en sentido amplio e ineficacia en sentido estricto, y en lo que tiene que ver con los efectos de la ineficacia, ha señalado debe remitirse a las normas que consagran tales ineficacias, indicando en tal sentido que si nos remitimos a las normas que hablan del deber de información, en ninguna de dichas normas se establece que la omisión de dicho deber de información tenga como consecuencia la ineficacia en sentido estricto, pues dicha ineficacia la trae la Corte Suprema de Justicia al realizar un malabar jurídico para establecer la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin embargo el mismo artículo en mención es claro respecto a cuál es el efecto de la declaratoria de ineficacia y es dejar libre al trabajador para que vuelva a realizar de manera libre y voluntaria la afiliación al régimen que quiera, pero no señala en ninguna parte que se deban retrotraer las cosas a su estado original, pues ha señalado la Sala de Casación Civil de la CSJ que solo debe acudir al artículo 1746 del Código Civil cuando las normas que regulan la ineficacia en sentido estricto no traigan una consecuencia jurídica, por lo que no hay lugar a retrotraer las cosas a su estado original y el traslado de los aportes debe efectuarse en los términos del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

Indica que contrario a lo manifestado en la parte motiva de la sentencia, las AFP sí tienen la legitimación de conservar los gastos de administración, y si bien la SCL de la CSJ suprime este derecho, lo cierto es que la Ley, que es finalmente a la que deben estar sometidos los Jueces conforme el artículo 230 de la Constitución Política, establece que al menos tienen derecho a conservar los frutos, y por tanto debe acudir al artículo 964 del Código Civil que establece que el poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos, por lo que la pregunta sería si a PORVENIR se le probó la existencia de mala fe, o si esta se está presumiendo en su contra, pues no existe certeza de cuál fue la información que se le entregó y el proceso se está resolviendo

a la luz de las presunciones del artículo 167 del CGP debido a la existencia de negaciones indefinidas y por tanto el porcentaje que pertenece a la AFP como fruto de su gestión no debe ser devuelta, y tampoco el porcentaje correspondiente a las aseguradoras previsionales, pues estos, al ser obligaciones de tracto sucesivo que se van causando y pagando con el paso del tiempo, no son susceptibles de restitución, dado que afectaría derechos de terceros.

Señala por otra parte, que la excepción de prescripción si estaba llamada a prosperar por lo menos frente a los gastos de administración, toda vez que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que estos deben ser descontados tanto en el RPM como en el RAIS y por cuanto los mismos no hacen parte del dinero destinado para la financiación de la pensión de vejez, por lo que, al igual de las mesadas pensionales, no revisten la condición de imprescriptibilidad y por ello se debió declarar la prescripción trienal sobre los mismos.

Finalmente aduce, que en lo que tiene que ver con la condena en costas, indica que dicha condena no es consecuencia de la conducta de las partes sino que constituyen una condena objetiva para quien resulte vencida en el proceso conforme lo establecido en el artículo 365 del CGP y en ese orden de ideas, dado que Colpensiones resultó condenada a recibir los dineros y a reactivar la afiliación, a lo cual se oponía al dar respuesta a la demanda, debió también condenársele en costas, por lo que solicita, o bien absolver de costas a todas las AFP o condenar en costas igualmente a COLPENSIONES para que comparta con las demás AFP la tasación de las agencias en derecho.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la declaratoria de ineficacia, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, indicando que debe tenerse en cuenta la prohibición legal de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, a través del cual se estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, por lo que Colpensiones no podía aceptar en sede administrativa el traslado de la demandante al RPM, debiéndose tener en cuenta además que Colpensiones no tuvo nada que ver con la decisión de la actora de trasladarse al RAIS.

Manifiesta además que, en caso de confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante, debe adicionarse la sentencia y ordenar a PROTECCIÓN devolver igualmente los descuentos realizados para el pago de las primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, ello con el fin de solventar en un futuro las prestaciones que se causen en favor de la actora.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente el apoderado de COLFONDOS S.A., allegó escrito de alegaciones, en el cual señaló resumidamente lo siguiente:

De manera respetuosa, se solicita a la Honorable Sala de Decisión Laboral, no ordenarle a mí representada, retornar al Régimen de Prima Media conceptos diferentes a los señalados en el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que Colfondos trasladó todos los aportes existentes en la cuenta pensional que alguna vez tuvo en esta AFP, a la administradora que seleccionó el actor al adoptar su decisión de finalizar su vínculo de afiliación con mí representada, **traslado que incluyó el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, por lo que dicha cuenta se encuentra en estado trasladado y sin recursos para retornar al RPMD.

En cuanto a las sumas destinadas a la contratación y pago de las pólizas previsionales, en virtud de las mismas, la demandante estuvo amparada por los riesgos de invalidez y muerte durante el período de afiliación a Colfondos, **entonces, la contratación y el pago de las pólizas previsionales, cumplieron su específica destinación**. Adicionalmente, tal rubro no es factor de financiación de la pensión de vejez, ni siquiera en el RPMD, por lo anterior, ordenar a Colfondos retornar tal concepto a dicho régimen, generaría un enriquecimiento injustificado, de parte del fondo que va a recibir los aportes de la demandante.

Por esa misma circunstancia, (no constituir factor de financiación del derecho imprescriptible) y por tratarse de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, Sí son susceptibles de ser extinguidos por el transcurso del tiempo y por ende aquellos gastos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación, se encuentran prescritos y por ende no hay, ni había lugar a ordenar que Colfondos, traslade dichos rubros

Por otra parte, estos recursos NO se encuentran en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio, jamás se estableció de devolución dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también serían desconocidas para Colfondos, por tanto, solicito confirme la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, de no ordenar retorno alguno al RPMD a cargo de Colfondos.

Ahora, no será posible que se disponga aplicar la indexación sobre los conceptos que se ordenaron u ordenaran devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta que le asiste a Colpensiones, porque con los rendimientos generados por mí representada durante el período en que administró los recursos pensionales de la actora, en todo caso superiores a los que hubiera podido generar el Régimen de Prima Media, si la demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedó más que compensado este concepto, además que el mismo, no fue solicitado en la demanda, ni incluido en la fijación del litigio; ni fue objeto de impugnación por las partes trabadas en esta Litis, por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso, porque en segunda instancia, no se puede fallar más allá de lo pedido.

Se destaca igualmente que la Corte Constitucional en sentencia SU 062 del 03 de febrero de 2010, le impuso la obligación al I.S.S., hoy Colpensiones, de informarle al afiliado cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con éste un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentarse la misma, será la parte demandante quien la asuma. Así las cosas, tampoco podrá ordenarse en segunda instancia, que Colfondos asuma una eventual diferencia en el valor de los aportes. Nótese que en la demanda tampoco fue elevada pretensión alguna en ese sentido, por lo que no podría impartirse condena alguna en ese sentido, porque en segunda instancia, no puede fallarse más allá de lo pedido, como antes se anotó.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz, y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse las apelaciones de PROTECCIÓN, PORVENIR y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría, que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que, contrario a lo argumentado por el

apoderado de PORVENIR en su recurso de alzada, se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En este punto de la decisión, debe señalarse frente a la manifestación del apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, que lo Jueces deben estar sometidos a la Ley al margen de lo señalado por la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ, conforme lo dispone el artículo 230 de la Constitución Política, que tal aspecto ha sido objeto ya de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, quien por ejemplo, en sentencia C-836 del 2001, indicó puntualmente que *“La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.”* Y además que *“(…) la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la*

jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.”

Dilucidado lo anterior, debe señalarse que en el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según Se anota en la historia laboral y el certificado emitidos por COLPENSIONES que militan a folios 22 a 26 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de junio de 1999 como se evidencia en el formulario de vinculación a dicha AFP que milita a folio 246 del expediente, trasladándose posteriormente a la AFP COLFONDOS S.A. el 1° de agosto de 2001 y finalmente a la AFP PORVENIR S.A. el 29 de marzo de 2004, como se observa en el certificado SIAFP que obra a folio 159 (Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1999 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:11:31 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 13 del expediente digital), no se advierte que, además de manifestar que el asesor de DAVIVIR S.A. le indicó que el ISS se iba a acabar, que en el fondo privado iba a tener un mayor monto pensional y que si hija iba a ser beneficiaria, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, como bien lo manifestó la *a quo*, la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ ha señalado claramente, que para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1999 del extinto ISS a la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., sin que resulten suficientes para desquiciar el fallo de primera instancia, los argumentos presentados por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada respecto a la declaratoria de la ineficacia en sentido estricto y las consecuencias derivadas de esta, dado que contrario a lo manifestado, el fundamento de la declaratoria de ineficacia no deriva de la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino del incumplimiento de lo ordenado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 referente a que el traslado de régimen debe ser debidamente informado, derivado a su vez de la omisión del deber de información que pesaba desde su creación sobre las AFP privadas.

Por otra parte, tampoco resulta suficiente el argumento referente a que la demandante se está beneficiando de su propia culpa al haberse trasladado a PORVENIR S.A. debido a un favor personal, dado que al margen de tal situación, que en efecto fue confesado por la demandante, persistía la obligación de PORVENIR S.A. como entidad especializada, de verificar el cumplimiento del deber de información por parte de su ejecutiva, y en todo caso, la actuación indebida de esta asesora compromete la responsabilidad de PORVENIR S.A. en cuanto al cumplimiento del deber de información.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales la *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiera permanecido en el RPM, y cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1° de mayo del año 2004, y además que las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben trasladar a COLPENSIONES las cuotas y/o gastos de administración descontados durante los periodos en que la demandante estuvo afiliada a dichas AFP, encuentra la Sala que la

orden impartida por la *a quo*, no se encuentra del todo acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por ende, como lo solicita la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de alzada, debe ser **ADICIONADA**, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones, los rendimientos financieros causados y las cuotas de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante, que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima

De esa manera, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben trasladar a COLPENSIONES además de las cuotas y/o gastos de administración, también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dichas AFP de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo de afiliación a las mismas, que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínimas decir, que todas las AFP demandadas deberán devolver a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones de la demandante, pues, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Contrario a lo argumentado por la AFP recurrente, la Corte Suprema de Justicia ha explicado, que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

COLFONDOS S.A. manifiesta en sus alegatos que el descuento que en su momento realizó de las cotizaciones de la demandante y que fue destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima no se encuentra en su poder dado que fue trasladado con las demás sumas de la cuenta de ahorro individual al momento del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., no obstante en el proceso no se encuentra probado que en efecto respecto de la demandante COLFONDOS S.A., haya efectivamente trasladado a PORVENIR S.A. el referido porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y en tal sentido por su deber de correr con las consecuencias que de la declaratoria de ineficacia se derivan.

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y

comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, por lo que tampoco resulta de recibo el argumento de la apelación de PORVENIR S.A. de que la decisión afecta derechos de terceros, pues, se reitera, la devolución de los valores pagados a las aseguradoras deben ser pagadas por las demandadas de su propio patrimonio.

Respecto de la afirmación expuesta por la apoderada de COLPENSIONES en su recurso sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la demandante, sino la nulidad o ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Frente a la prescripción de los denominados gastos de administración que plantea el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, considera la Sala que ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos rubros se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración, incluyendo lo descontado para el pago de los seguros previsionales.

Finalmente, frente al punto de apelación de PORVENIR S.A. en el sentido en que se condene en COSTAS a COLPENSIONES, si bien comparte la Sala el argumento expuesto en el recurso respecto a que la condena en costas no puede fungir como acto de sanción o de reproche sobre actos que haya ejercido alguna de las partes, sino que ello constituye una cuestión de carácter meramente procesal, lo cierto es que

PORVENIR S.A. no tiene legitimidad para reclamar condena en costas a cargo de COLPENSIONES, pues es un aspecto que no tiene ninguna incidencia jurídica en su contra, y la apelación solo tiene como fin solicitar que se modifique o revoquen aspectos que tenga efectos jurídicos perjudiciales a quien recurre.

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

Las COSTAS en esta instancia estarán a cargo de PORVENIR S.A. y de PROTECCIÓN S.A. por haber resultado vencidas en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000 de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de abril de 2021 proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA ISABEL CORREDOR VILLAMIL** contra la **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realiza PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones, los rendimientos financieros causados, así como las cuotas de administración, incluyendo los porcentajes de pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones de la demandante.

Igualmente, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben trasladar a COLPENSIONES además de las cuotas de administración, incluidos los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes,

de prima de reaseguro de Fogafín, y al Fondo de Garantía de Pensión Mínimas, decir completar el 100% de las cotizaciones.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000 de la que responde cada una de estas AFP en un cincuenta por ciento.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido,

Los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **18dd374e69e9ca4370cfd74a2399ef9e463eaa6055b675e4f599444fdebb18c0**

Documento generado en 14/07/2022 03:33:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>