

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Luz Stella Agudelo Atehortúa
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 12 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 012 2019 00586 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 0170 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma sentencia

En la fecha, **once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la **AFP Porvenir S.A.**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Luz Stella Agudelo Atehortúa**, contra las referidas entidades. Radicado único nacional 05001 3105 **012 2019 00586** 01.

Auto: De conformidad con la documentación remitida vía correo electrónico se procede a reconocerle personería jurídica a la abogada **María Alejandra Ramírez Olea**, para que continúe con la representación de Porvenir S.A.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto, estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, mediante acta **Nº 024**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

La demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual a través de Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a esta entidad a devolver a Colpensiones las cotizaciones con los correspondientes rendimientos financieros, y a esta última a admitirla como afiliada y recibir las sumas que debe trasladar la AFP privada. Pide también costas del proceso.

En sustento de ello afirma que, nació el 26 de diciembre de 1963, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida, fondo en el que estuvo hasta la fecha en la cual decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., el 16 de mayo de 2006, acto que se dio, dado que el asesor comercial le manifestó que el ISS hoy Colpensiones se iba a acabar, y que ella se quedaría sin pensión, adicional a que le informaron que se podía pensionar a cualquier edad y con una pensión mejor, sin indicarle que esto es casi que imposible, así como que para conseguirlo es necesario acreditar otros requisitos. Afirma que tampoco se le explicó que la pensión en dicho régimen varía de acuerdo al rendimiento de sus aportes, que si tiene esposo o compañero la mesada disminuye considerablemente, y no se le puso en conocimiento el valor de la misma en uno y otro régimen. Finalmente adujo que, el 18 de septiembre de 2019, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen,

negado por faltarle menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse.

En auto del **26 de septiembre de 2019, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción, enteradas de la actuación las demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, de los hechos tiene como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al régimen de prima media con prestación definida y el posterior traslado a la AFP Porvenir S.A., así mismo admite la solicitud elevada a la entidad instándola para que ordenara el retorno de régimen, y la respuesta a la misma. Con relación a los restantes supuestos de hecho manifiesta que no le constan. **Presentó oposición a las pretensiones**, y formuló las excepciones de fondo de inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, devolución de aportes debidamente indexados, buena fe, prescripción, la innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas, debiéndose imponer las mismas a la parte actora.

La **AFP Porvenir S.A.**, afirma no constarle o no ser ciertos los hechos narrados en la demanda, aclarando que la afiliación de la demandante se realizó de forma informada, libre y voluntaria el día 15 de mayo de 2006, cuya efectividad inició el día 1º de julio de 2006, al haber recibió asesoría de manera verbal, en la cual se le brindó una información clara, suficiente y veraz acorde a las aseveraciones expuestas y en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado. **Presentó oposición** a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

La primera instancia **culminó** con sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, en la que **declaró** la ineficacia de la afiliación de la señora Luz Stella Agudelo al RAIS en el marco de la vinculación a la AFP Porvenir S.A., entendiéndose para todos los efectos vinculada, sin solución de continuidad, al RPMCD dirigido por COLPENSIONES. Condenó a la AFP Porvenir S.A., a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, restituya a Colpensiones *el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos de la señora LUZ STELLA AGUDELO ATEHORTUA; de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte y demás información relevante que los justifique.* Ordenó a Colpensiones activar la vinculación de la señora Luz Stella Agudelo al régimen de prima media, sin solución de continuidad, recibir los valores indicados e integrarlos al fondo común, para que su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral. Declaró infundadas las excepciones de prescripción y compensación, e impuso costas a cargo de Porvenir S.A..

La juzgadora, luego de referir la línea de la jurisprudencia especializada sobre el tema de la ineficacia de traslado de régimen pensional, figura bajo la que se debe estudiar el asunto, encontró que al momento del traslado realizado no se le proporcionó a la actora información veraz, oportuna, completa, comprensible, para la toma de su decisión, en la cual se le diera a conocer las alternativas, diferencias entre uno y otro régimen, beneficios, inconvenientes, ventajas y desventajas, el capital que se debía acumular en el régimen de ahorro individual, así como tampoco se le dijo sobre las modalidades de la

pensión y la redención anticipada del bono pensional, entre otros aspectos, sin que el formulario de afiliación constituya una prueba suficiente para acreditar los supuestos exigidos, por lo que al encontrar establecida la falta al deber de información por parte de la AFP accionada, procedió a la declaratoria de la ineficacia, con las consecuencias y restituciones ya indicadas.

El **recurso de apelación**, fue oportunamente interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A., solicitando revocar la sentencia, al estar acreditado dentro del plenario que la actora firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria e informada, luego de haber recibido una asesoría en la cual se le indicaron las circunstancias particulares del régimen, como la heredabilidad de los aportes, así como la posibilidad de tener una mejor mesada pensional, supuestos que la motivaron a realizar el acto de traslado, así como que el ISS se iba acabar, lo cual, no escapó a la realidad, en tanto, la liquidación se dio en el 2012. Afirmo que la expectativa de una mejor pensión, no es óbice para declarar una falta de información tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, debiéndose considerar, por demás, que de conformidad con lo regulado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, la entidad no podía impedir o rechazar la solicitud de traslado, y que el soporte documental respecto de la asesoría brindada solo se exige a partir de la circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera.

Finalmente, y en caso de confirmarse la sentencia de instancia, insta para que no se ordene la devolución de los gastos de administración, al haber sido sumas de dineros descontadas en acatamiento de lo previsto en la Ley, que la actora estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y sobrevivientes durante el tiempo de su afiliación, y que se

generaron unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual. Así, el retorno de dichos dineros daría lugar a un doble pago a Colpensiones, careciéndose de título para ello. Afirma que al declararse la ineficacia se hace improcedente ordenar el traslado de los rendimientos, pues, teniendo en cuenta los efectos de esta figura, dicho rubro no surgió a la vida jurídica.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso **Colpensiones**, instando para que se evalué que en el caso no se encontró viciada la voluntad de la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación, al haberlo firmado de manera libre, voluntaria y en uso de sus facultades como persona capaz para celebrar actos jurídicos.

En caso de confirmarse la sentencia, insta para que con base en lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005, se le ordene al fondo privado trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con las cuotas de administración, fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales, con todos los frutos e intereses, y debidamente indexados.

AFP Porvenir S.A., quien luego de transcribir la parte resolutive de la sentencia centra su inconformidad en dos aspectos, la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y las ordenes en cuanto a restituciones económicas; la primera por inexistencia de razones fácticas y jurídicas, toda vez que la afiliación de la demandante al RAIS se efectuó de manera espontánea, sin presiones o apremios de naturaleza alguna, cumpliendo los requisitos de ley, teniendo oportunidad de retornar al régimen público, la que no

aprovechó, estando motivada la acción en la diferencia en la mesada, destacando que la entidad cumplió con las exigencias vigentes al momento del traslado, en concreto art. 97 del Decreto 663 de 1993, surgiendo las obligaciones de asesoría y buen consejo con posterioridad, y estando la totalidad de condiciones impuestas al RAIS en la ley, sin que sea posible su modificación por las partes; y en cuanto a las **restituciones**, teniendo en cuenta la validez de la afiliación no hay lugar a ellas, pero en caso de dejarse en firme la decisión, debe considerarse que los gastos de administración tienen sustento legal, Artículo 20 ley 100 de 1993, y fueron debidamente destinados, entre otras al cubrimiento de las pólizas que cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia y a la generación de rendimientos para la cuenta de ahorro individual, por lo que atenta contra toda lógica y constituye enriquecimiento sin causa para Colpensiones su devolución, debiendo tenerse también en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, explicado en sentencia de unificación del mes de agosto de 2019 por la Sala especializada de esta Corporación cuando trató el tema de ineficacia frente a pensionados, y el concepto de la Superintendencia financiera del 17 de enero de 2020 en el que se indican los conceptos a restituir cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Atendiendo el recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia, se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS. En el evento de llegarse a la misma conclusión de la quo, se establecerá si

es viable su retorno automático 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 la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por los actos de relacionamiento o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, arts. 1604 del C. C. y 167 del C. G. del P., 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, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL555-2022, SL556-2022 y SL587-2022, SL1055-2022), 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 sentencias SL373-2021, en la que indica:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

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

....

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

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

beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno.
Subrayado fuera del texto.

Adicional a que en sentencia SL1217 de 2021, también se insistió por dicho órgano de cierre frente a la suscripción del formulario de afiliación:

"Sea lo primero señalar que conforme al reiterado criterio de esta Sala la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

En efecto, sobre el particular esta Corporación ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En las más recientes providencias, la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante."

Véase igualmente la sentencia SL145 de 2021, SL587-2022.

Luego, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, no se avizora en los autos, estando en cabeza de la AFP Porvenir S.A, la demostración del cabal cumplimiento al deber de información y la conservación de los soportes de la misma, en los términos del artículo 38 del Decreto 692 de 1994, que a la letra dispone: *Las administradoras del sistema general de pensiones deberán mantener para cada afiliado un archivo en donde conservarán la información relacionada con su historia laboral, así como los demás documentos que señale la Superintendencia bancaria. Esta información podrá estar almacenada en microfichas, discos de computador u otros sistemas*

que permitan reconstruir dicha información, y más aún, si en gracia de discusión se admitiera que se dio en forma verbal, tampoco se trajo ningún medio de convicción sobre el particular, debiendo advertirse que aparte de la inversión de la carga de la prueba art. 167 del C. G. del P. y de la línea de la jurisprudencia especializada que así lo impone, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, *la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*, sin que se satisfaga tal exigencia como ya se dijo con la suscripción del formulario, que demuestra solo una manifestación de voluntad pero no la debida ilustración, ni tampoco baste exponer algunos beneficios del RAIS, toda vez que debe explicarse con claridad la forma en que se financia y establecerse la capacidad de ahorro constante del afiliado, al ser el RAIS un régimen caracterizado por la capitalización de recursos, y tampoco se subsane tal omisión por el transcurso del tiempo.

Resultando pertinente, atendiendo los fundamentos del recurso de apelación, incorporar, a título ilustrativo, el cuadro que sintetiza el recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones elaborado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1688-2019:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3.º, literal c) de la	Implica el análisis previo, calificado y

asesoría y buen consejo	Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Explicándose por la misma Corporación en sentencia de tutela radicación 59.370 del 06 de mayo de 2020, sobre el mismo tema:

... 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.

Brillando por su ausencia prueba de tales circunstancias en el caso a estudio, 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).

En sentencia SL622-2022, se expresó:

*Esta decisión implica que las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS procedan de forma inmediata a la **devolución de todos los dineros que figuren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros que hubieren producido, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,** y el bono pensional, con efectos retroactivos, pues todos estos deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la actora que le reconocerá la citada entidad administradora (CSJ SL2877-2020).*

Y en SL2877-2020, frente al tema en concreto de las restituciones, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

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

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

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de

los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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 devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

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.

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».

Bajo la misma línea, en decisión CSJ SL1688-2019, se manifestó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (fl. 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Y en SL3202-2021, indica que la declaratoria de ineficacia involucra:

"la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima"

Posición que ha sido traída hasta la fecha, por lo que acogiendo por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las explicaciones de la parte demandada Porvenir S.A., tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a ***gastos de administración y seguros previsionales***, debiéndose tener en cuenta además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P. en concordancia con la sentencia C 621-2015 y el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en que se 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).

De acuerdo con lo expuesto, es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización de la afiliada cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por la AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"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..."*.

Desde este punto de vista, no se estaría generando un doble pago en favor de Colpensiones, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de

continuidad, razón por la que se mantienen las restituciones económicas en la forma indicada por la primera instancia, esto es, los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima), rubros que deben ser reintegrados con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados (ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL587-2022, SL1055-2022), debiéndose indicar, por demás, que no se puede entender que las cuotas de administración cobradas son gastos que ya se causaron y ejecutaron, que se encuentran contemplados en la Ley para ambos regímenes y que el fondo adelantó una correcta gestión de administración y por ello se generaron unos rendimientos, si se es consecuente con los efectos de la ineficacia y la parte que la generó, al recaer en cabeza de las administradoras el juicio de reproche al incumplimiento de sus obligaciones de acompañamiento y asesoría a la parte demandante, generándose a partir de sus propias omisiones la obligación de que devuelvan todos los conceptos, sin que haya lugar a retener ninguno de los mencionados.

Y si bien en los hechos que sustentan la acción y en el interrogatorio de parte la demandante afirma que una de las razones para promoverla es la ostensible diferencia en el monto de la mesada en ambos regímenes, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto

de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016, lo que se ajusta además al principio de la dignidad humana, fundante del Estado Social de Derecho (art. 1º de la Constitución Política), y del sistema integral de seguridad social (art. 1º ley 100 de 1993).

No se está en este caso 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 del traslado, 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, en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.****

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., **a quien se desata adversamente el recurso de apelación**, como agencias en derecho a favor de la demandante se fija la suma de **\$1.000.000,oo**.

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 Doce Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Luz Stella Agudelo Atehortúa**, contra la **AFP Porvenir S.A., y Colpensiones**.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., **a quien se desata adversamente el recurso de apelación**, como agencias en derecho a favor de la demandante se fija la suma de **\$1.000.000,oo**.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaría por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado