

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	MARTHA CECILIA TAMAYO GUTIÉRREZ
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 004 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 004 2018 00161 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 075 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	confirma sentencia recurrida

Hoy, **veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la **AFP Porvenir S.A** y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones** ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Marta Cecilia Tamayo Gutiérrez**, código de radicado único nacional 05001 3105 **004 2018 00161** 01.

Auto: atendiendo la documentación enviada vía correo electrónico, se procede a reconocerle personería jurídica al Doctor Sebastian Aguirre Peña, para que continúe con la representación de Colpensiones.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los acuerdos 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° **012**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende la demandante la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y como consecuencia, se restablezca su vinculación al primero sin solución de continuidad, con orden de restitución de recursos al fondo privado. Pide también perjuicios y condena en costas.

En sustento de ello afirma que nació el 10 de octubre de 1961, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en 1995, a través de su empleadora Metrosalud, entidad a la cual estuvo vinculado hasta julio de 1998, cuando decidió trasladarse a Porvenir S.A., al haber sido abordada por personal de la compañía, quien le explicó de manera somera y sin ningún tipo de detalle o análisis que le convenía efectuar el traslado, lo cual constituye una indebida asesoría, sumado a que su actuar con posterioridad a la afiliación se limitó a enviarle extractos de la cuenta; que le solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, emitiéndosele respuesta negativa el 9 de junio de 2017, por encontrarse a menos de 10 años de adquirir el derecho a la jubilación.

En auto del 7 de marzo de 2018 se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Enteradas de tal decisión las demandadas allegaron, por conducto de apoderados, escritos de respuesta así:

Colpensiones manifiesta no constarle ninguno de los hechos, esbozando que se atiene a lo que resulte probado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, dado que la demandante al suscribir el formulario de vinculación al RAIS, hizo uso del principio de libre escogencia consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sin que hubiere ejercido el

derecho de retracto dentro del término previsto para ello en los Decretos 1161 de 1994 y 1642 de 1995, no siendo posible el tránsito entre regímenes cuando se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, dada la restricción establecida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Formuló **las excepciones** de imposibilidad jurídica para acceder al traslado de régimen por expresa disposición legal, buena fe, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, compensación, e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP Porvenir S.A.** acepta como cierto solo lo relativo a la afiliación de la actora, no obstante, aclara que la misma si fue debidamente asesorada sobre el acto de traslado al RAIS, y siendo consciente de sus acciones y precedida de su voluntad de afiliarse, suscribió el formulario, resultando inverosímil considerar que no haya contado con la información completa para su traslado, o de qué otro modo se entiende que haya efectuado el mismo sin siquiera ratificar o consultar las implicaciones que para su futuro pensional surgían por tal decisión. Aduce que, es un principio de derecho que quien alega debe probar, y al revisar la demanda no existe ni siquiera prueba sumaria que convalide los argumentos injustificados de la actora. Lo cierto, es que el fondo ha actuado conforme a derecho y sus asesores han presentado siempre una asesoría completa y oportuna, todo ello como consecuencia de las capacitaciones que en forma permanente se realizan. Afirma que para la fecha de la afiliación de la actora no existía una obligación diferente a brindar toda la información necesaria, tal y como aconteció, así como atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudieran tener, pero de ninguna forma mantener constancia escrita ni mucho menos proyecciones. Se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** al no haberse efectuado el traslado en contra de una prohibición legal, y por el contrario, se dio cumplimiento al periodo mínimo de permanencia que la afiliada debía tener en la AFP anterior para que su afiliación fuera válida, así como a todos los lineamientos legales

establecidos para la perfección de dicho acto. La actora de forma autónoma y mediando consentimiento exento de vicios –error, fuerza o dolo- suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber singando el mismo en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna persona. Finalmente, formuló las excepciones de mérito que denominó: falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y de prueba efectiva de daño, e inexistencia del daño alegado.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral** del Circuito el 27 de enero de 2021, en la que declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES al RAIS a través de Porvenir S.A., en junio de 1998, con lo que se produce la recuperación automática del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Ordenó a la AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones con sus respectivos rendimientos y los gastos de administración, pagos de seguros y reaseguros y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, estos últimos de manera indexada; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación, así como que le brinde todas las garantías de la afiliación, resuelva la situación pensional en el momento en que le sea presentada sin necesidad de esperar la llegada de los capitales de la cuenta de ahorro individual, y proceda a ajustar el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad; declaró comprobada la excepción de ausencia de prueba de daño y las demás no probadas. Gravó con condena en costas a Porvenir S.A., fijando el monto de las agencias en derecho y dispuso surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Argumentó el fallador que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información exigido por las normas vigentes para el momento de migración de la demandante del RPMPD al RAIS, ni se realizó re asesoría en la que se le ilustrara en detalle sobre la dinámica del Régimen de Ahorro Individual y su comparación con el de Prima Media y las oportunidades para retracto o retorno, razón por la que no puede hablarse de una libertad informada en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que conlleva la imposición de la sanción de ineficacia establecida en el artículo 271 del mismo estatuto, de acuerdo con las subreglas de la jurisprudencia especializada, con las consecuencias ya indicadas, sin que frente a la acción tendiente a obtener tal declaratoria opere el fenómeno extintivo de la prescripción. Indicó que, si bien para el caso se causan perjuicios, los mismos quedan saneados en el momento en que se declara la ineficacia de la afiliación, sumado a que los mismos deben estar debidamente acreditados con prueba idónea.

El **recurso de apelación** fue oportunamente interpuesto por la apoderada de **Porvenir S.A.**, quien pide revocar en su totalidad la sentencia, indicando que no comparte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente al traslado de la prueba a cargo del fondo privado, sumado a que para la fecha en la cual se firmó el formulario de afiliación no existía el deber de la entidad de dejar por escrito la información suministrada, solo que quedara constancia de la suscripción del formulario de manera libre y voluntaria. También solicita revocar la condena consistente en trasladar las cuotas de administración al ser un concepto que se descontó en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual también se hubiera deducido si la actora hubiese permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso **Colpensiones**, solicitando la revocatoria de la decisión, para ello esgrimió que la afiliación

realizada por la actora goza de plena validez, en tanto, no se evidencian vicios del consentimiento en el contrato suscrito con la AFP del RAIS alegado por la interesada. Además, de acuerdo con el Concepto 2008026873-01 del 11 de agosto de 2008, modificadorio de la Circular Externa 007 de 1006, se estableció que la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen debía ser efectuada por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del mencionado traslado lo determinará dicha entidad, no Colpensiones.

Porvenir S.A., insta para que se revoque la sentencia al no existir fundamento jurídico ni factico para declarar la ineficacia, en tanto el acto jurídico de traslado se efectuó forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios, suscribiendo la actora el formulario en el cual se hace expresa mención sobre la circunstancia de haber signado el documento en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna persona, a pesar de que aduzca que suscribió el documento sin la información suficiente acerca de los alcances del acto jurídico que celebraba, afirmación que se cae de su peso conforme al interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Indica que en caso de confirmarse la sentencia en cuanto a la declaratoria de ineficacia, se debe de modificar y con ello absolverla del traslado de las cuotas de administración, toda vez que el Art. 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, establece que tanto en RPM como en RAIS hay lugar a dichos descuentos, los cuales un 3% del monto del IBC se distribuirá para el pago de las cuotas de administración y la financiación de la pensión de Invalidez y sobrevivencia, a más que la teología de la norma tiene como objeto la retribución a la labor de la administración de los aportes que ejecuta la administradora, y que no es

dable indicar que el traslado de las cuotas de administración obedece a la aplicación del Art. 1746 del C.C., pues en el caso de autos no se evidencia un detrimento del bien administrado que dé lugar a restituciones mutuas por parte de mi representada.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Teniendo en cuenta los planteamientos en que se sustenta el recurso de apelación interpuesto, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, el **problema jurídico** en esta instancia, se contrae a determinar, si procede la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, o por el contrario la razón está de parte de la AFP Porvenir S.A.. En el evento de llegarse a la misma conclusión del a quo, se establecerá si es viable el retorno automático de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, y los conceptos que estas comprenden.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de

1994, 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 o por la movilidad entre administradoras del RAIS, 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, sin que se convalide por actuación o reasesoría posterior, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...] De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la

simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

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

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

Precisando:

... el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como parece entenderlo de manera equivocada el Tribunal encausado. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1.º, artículo 97 del Decreto 663 de 1993), premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Subrayas fuera del texto original.

Véase igualmente y con postura más reciente la sentencia SL145 de 2021.

Luego, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, no se avizora en los autos, estando en cabeza del fondo accionado la demostración del cabal cumplimiento al deber de información, siendo su deber legal la conservación 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 que esta sea debidamente informada.

Advirtiéndose en la línea de la jurisprudencia especializada que: *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. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría, sin que baste para su demostración la firma del formulario, en la medida que esta, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas ... o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

Resultando pertinente, dada la objeción presentada en el 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a

	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	conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y 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, sin que sea carga de los afiliados buscar la ilustración tal y como se planteó en la contestación de la demanda, sin que se pueda perder de vista que de acuerdo con la jurisprudencia especializada el deber de información y asesoramiento correspondía a las AFPs como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, no a la afiliada, por cuanto: **i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha**

*entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; **iii)** la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; **iv)** existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes».*

Luego, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica, y sus consecuencias son 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 ineffectividad es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en

tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

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

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones. 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, por lo que acogiendo por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las razones expuestas por Porvenir S.A. tendientes a excluir de la orden de restitución de **cuotas de administración** lo cual comprende los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, pues es claro que se debe devolver el aporte íntegro con los correspondientes rendimientos, máxime cuando en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

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

Sin que se cumplan en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión, y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, razón por la que se mantiene también la decisión en relación con las restituciones económicas por parte de Porvenir S.A. tal y como lo determinó el juez de instancia.

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

Las costas en esta instancia están a cargo de Porvenir S.A. a quien resulta adverso el recurso interpuesto. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526,00 y en favor de la actora.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Marta Cecilia Tamayo Gutiérrez** contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**.

Costas en esta instancia están a cargo de Porvenir S.A. a quien resulta adverso el recurso interpuesto. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526,00 y en favor de la 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 ARÍSTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 067** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **22 de abril de 2021.**

Secretario