

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - Nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos./ **CARGA PROBATORIA** - si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó.

HECHOS: Se declare la ineficacia del traslado ante Porvenir SA, en el año 1996 así como los traslados efectuados entre administradoras en el año 1999 y 2002, ordenándose el retorno de la demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y se realicen los trámites necesarios para actualizar su historia laboral. (...) El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la actora se torna ineficaz, como lo precisó el Juzgador de primera instancia

TESIS: Respecto a la carga de la prueba la sala de casación laboral ha reiterado en sentencias como la SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 que: “en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; “...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”.(...)Recuérdese que esta misma corporación ha indicado que: “...no se trata 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...” (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019).(...) Respecto a los traslados horizontales de la demandante: La Sala, no se comparte la postura ya referida por el apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pues si bien la accionante tuvo varios traslados horizontales en el RAIS, que en criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “...pueden considerarse como un acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen...”, (SL413-2018); lo cierto es que a partir de los hechos y del análisis en conjunto de la prueba allegada, se genera para esta Superioridad la certeza de que no existió simetría de la información de parte de los fondos privados coaccionados, es decir, que la asegurada hubiese contado con todos los elementos necesarios y suficientes, con las implicaciones concretas de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro régimen, y con una asesoría focalizada y dirigida, para que en su caso particular tomara la decisión que considerara más beneficiosa.(...)Por otro lado respecto a la restitución de saldos y gastos de administración la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 2308, Radicado 81630 de 7 de julio, SL 2932, Radicado 71679 de 12 de agosto de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021 precisó que las Administradoras de Pensiones deben devolver a Colpensiones la totalidad de los conceptos objeto de restitución, debidamente indexados, por el periodo en que el asegurado permaneció afiliado a dichas AFP. Al respecto en la sentencia SL 3709 de 2021, la Corporación mencionada refirió que “...como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver

los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”.

M.P. JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 31/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05001310502620230004801, promovido por la señora **MARIA FERNANDA CAMACHO ROBLES** en contra de **PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - PROTECCIÓN**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de emergencia, económica, social y ecológica”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **005**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La señora Camacho Robles interpuso acción judicial, solicitando, se declare la ineficacia del traslado ante Porvenir SA, en el año 1996 así como los traslados efectuados entre administradoras en el año 1999 y 2002, ordenándose el retorno de la demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y se realicen los trámites necesarios para actualizar su historia laboral, trasladándose todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual. Que se reconozca cualquier derecho que se halle demostrado, costas y gastos del proceso.

Como fundamento fáctico de lo pretendido, indicó que desde el mes de 1991 se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media, y desde el año 1994 se empezaron a observar algunas estrategias de miedo y desinformación por parte de los fondos privados con el fin de adquirir afiliados. Para el año 1996 la demandante se afilió a Porvenir SA, como requerimiento de su empleador, por lo cual, firmó el formulario sin asesoría alguna. En el año de 1999 se afilió a Protección SA, su empleador gestionó todo lo necesario para ello, y en el año 2001, sin mediar ninguna asesoría, se trasladó nuevamente a Porvenir SA. En el año 2013 cumplió los 46 años de edad y no se le informó que se encontraba en la edad máxima de retorno. Ante ello, explica que solicitó el retorno al régimen de prima media, pero sus solicitudes han sido resueltas negativamente.

En sentencia del 11 de septiembre del año 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante, entendiéndola siempre vinculada al Régimen de Prima Media, por tanto, se ordenó a Porvenir SA a remitir a Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, igualmente y debidamente indexados las cuotas de administración, primas provisionales, y porcentajes de garantía de pensión mínima. Igualmente, a Protección SA a remitir las primas provisionales, cuotas de administración, porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados, Colpensiones a recibirlos, y actualizar la historia laboral de la demandante. Condenó a Porvenir y Protección a costas y agencias el derecho.

APELACIÓN

El apoderado de la parte actora elevó recurso de alzada en lo que respecta a la cuantía de las costas procesales.

La apoderada de Porvenir, se opuso a la indexación ordenada, pues invocó que una de las obligaciones de los fondos privados es la garantía de los rendimientos, siendo incompatible la indexación de la condena, teniendo en cuenta que la cuenta de ahorro no se vio afectada sino, que siempre generó rendimientos el 51%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones expuso, que la inoponibilidad debe predicarse respecto a los actos jurídicos que son realizados ante terceros de buena fe, como lo es Colpensiones, quien no fue parte del acto jurídico realizado por las partes. Expresó que las entidades de seguridad social también se encuentran ceñidas a las obligaciones de índole constitucional, en calidad de administradoras de un servicio público como lo es la seguridad social. Peticionó se realice entonces un juicio de ponderación y proporcionalidad, en aras de verificar si existen otros medios menos lesivos de resolver el caso de marras, pues se ponen bienes jurídicos en tensión como lo es el derecho individual sobre los demás afiliados. Hizo referencia a la imposibilidad de retrotraer la afiliación cuando la persona se encuentra pensionada, en el sentido que hacerlo, afectaría a muchas entidades, actos y relaciones jurídicas, con lo que pretender argumentar la imposibilidad de retrotraer lo acontecido, pues es irreparable la pérdida de músculo financiero. Por lo tanto, solicita que, si la demandante se encuentra pensionada, o con una situación jurídica consolidada, se absuelva de la ineficacia del traslado y de salir abantes las pretensiones e devuelvan los dineros de la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos, utilidades y otros.

Porvenir SA, expuso, que no se cumplen en el presente caso, los supuestos establecidos en el artículo 1741 del CC para declarar la nulidad absoluta o relativa del acto jurídico de traslado, por lo cual, el acto tiene plena validez. Evidenció que

no hay vicio del consentimiento alguno, y que de darse la ineficacia el resultado de la misma sería una multa administrativa impuesta por el Ministerio del Trabajo. Argumentó que el formulario firmado por la parte actora es un documento público, válido, no tachado y con plena validez que dejó ver que de manera libre y espontánea la parte compareció a efectuar el traslado y que, de existir alguna irregularidad, ésta se encontraría saneada en debida forma, pues la demandante se encontró afiliada por mucho tiempo al RAIS. Expresó haber garantizado el derecho al retracto, y que se informó en debida forma al afiliado al momento del actor del traslado sin que puedan ahora imponerse a la entidad cargas procesales inexistentes. Solicitó que en el caso puntual se efectuó un análisis crítico y por menorizado de las pruebas, teniendo en cuenta la buena fe del fondo pensional. Expuso, que la indexación no es procedente, toda vez que los rendimientos financieros suplen la pérdida de poder adquisitivo. Por tanto, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a Porvenir de todas las pretensiones invocadas en su contra.

La parte actora indicó en sus alegaciones que siempre deben basarse las decisiones en el principio de favorabilidad encaminado al trabajador. Expresó que los traslados horizontales entre administradoras no convalidaban el deber de información. Narró que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte accionada y que, no se requiere ser beneficiario del régimen de transición para que proceda la ineficacia solicitada. Expresó que del interrogatorio de parte se desprende cómo fue la actora engañada por los asesores de las AFP.

Frente al recurso promovido, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad los Artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la actora

se torna ineficaz, como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problemas jurídicos asociados, si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

CONSIDERACIONES

Esta Sala se acoge al precedente jurisprudencial pacífico, que en temas en un principio de nulidad y posteriormente de ineficacia, ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia con ya 15 años de desarrollo, esto es, desde las sentencias 31989 y 31214 de 2008, cuando se analizó la situación que nos convoca bajo la óptica de la *nulidad del acto jurídico*, situación que cambió en cuanto a su consecuencia jurídica a partir de la sentencia SL 12136 de 2014, donde se abordó la *ineficacia*.

La figura de la ineficacia, en materia de elección de un fondo pensional, tiene su sustento en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando hace referencia al hecho que si por cualquier forma se atenta contra el derecho a la afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se dejará sin efecto la afiliación respectiva.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de Porvenir, (Horizontes) del deber de información, y posteriormente de Protección SA por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo el 1 de noviembre de 1996 ante Porvenir SA (Horizontes), y la vinculación posterior a Protección SA el 1999/07/01, con el retorno a Porvenir el 2002/03/01.

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su Decreto Reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, decreto 663 de 1993 en su artículo 97, al igual que el Decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la

información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multicitada figura de la *ineficacia*, esta no es susceptible de saneamiento, a más que lo se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por la asegurada el 1/11/1996 ante Porvenir, la vinculación posterior el 1 de julio de 1997 y el retorno a Porvenir el 1 de marzo de 2002, el estudio debe centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información de dicho momento lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento del traslado de la actora: *“Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicios claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”* y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: *“...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho*

el afiliado...”, por lo que la Honorable Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que a la señora María Fernanda Camacho Robles, no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al respecto es lo narrado por la actora en interrogatorio de parte, en donde no se advierte ninguna confesión de cara al artículo 191 del CGP, pues solo expresó que con cada uno de los contratos laborales suscritos se le entregaba un formulario nuevo de afiliación a firmar.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación o traslado, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; *“...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”*.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia *“...en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada*

a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”.

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en un formulario de traslado de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de traslado de régimen.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

En criterio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, *“...no se trata 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 aborro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...”* (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado, y más cuando en el caso de marras no se acompañó con manifestación alguna del fondo pensional.

Ahora, Porvenir S.A. expone que la actora efectuó traslados horizontales, lo que evidencia su voluntad de permanecer en el RAIS, así como la permanencia en dicho régimen.

Al respecto, la Corporación mencionada en la sentencia SL 4420 de 13 de septiembre de 2021, Radicado 80.426 indicó:

“...De los actos de relacionamiento y su rol en los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Dada la importancia constitucional y legal que tiene el derecho a la seguridad social, se ha procurado que las discusiones que surgen bajo su contexto se resuelvan con menos arraigo a las formalidades o protocolos, y más con apego a la intención real que despliegan los afiliados a través de sus actuaciones.

Por ejemplo, en lo concerniente a situaciones como el reporte de novedad de retiro del Sistema, se ha legitimado que, aun cuando no figure la misma dentro de la historia laboral, se entienda que ésta ya se produjo cuando el afiliado o afiliada haya dejado de cotizar por un periodo considerable. Tal situación supone que de manera tácita la persona se quiso desvincular a través del cese en el pago de aportes (CSJ SL5541-2019).

Análogo escenario se presenta con las afiliaciones tácitas en las administradoras de fondos de pensiones, en donde se realizan aportes por un interregno significativo a pesar de no haber diligenciado previamente un formulario de afiliación. En estos casos, se estima que la persona manifestó indirectamente su intención de estar vinculado en dicha sociedad y, en tal sentido, no puede verse truncado su derecho prestacional por la falta del formalismo como lo es el correspondiente formulario (CSJ SL14263-2015).

Así pues, se advierte que tales condiciones fácticas y que configuran verdaderas expresiones de, no pueden ser ajenas al contexto propio de las discusiones sobre la nulidad de traslado.

Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de la afiliada con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.

Las disquisiciones realizadas en precedente y que versan sobre el rol de los fondos de pensiones, así como del sentido y alcance que tienen frente al deber de información, cobran relevancia justamente cuando se pretende esclarecer si, al momento de tomar la decisión de trasladarse, se contaba con todos los elementos suficientes para tomar la que a su juicio le conviniera.

Por lo tanto, lo que define que un caso se resuelva declarando o no la nulidad, depende del ejercicio probatorio que hayan hecho las partes dentro del proceso a fin de esclarecer si la persona estaba o no debidamente informada. Ello conlleva a sostener, que se trata de discusiones eminentemente casuísticas que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio.

En ese orden de ideas, es posible concluir que, aun cuando no haya certeza de si la persona recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que tenía vocación de permanencia en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,*

*Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.*

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del

deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado
(negrillas fuera del texto).

A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, pueden considerarse como un acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen.

Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto del funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea continuar en él, aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.

Finalmente, resulta importante destacar que la teoría de los actos de relacionamiento no constituye precisamente un cambio de jurisprudencia o una modificación al criterio asentado por la Sala Permanente frente a los casos de nulidad de traslado que se discuten. Lo anterior, en tanto que ha sido esta Corporación la que ha forjado una línea de pensamiento tendiente a priorizar los comportamientos de las afiliadas respecto de las formalidades que en muchas ocasiones consagra la ley como requisito para constituir un acto jurídico.

En ese sentido, la Sala construye sus fallos y resuelve los escenarios tanto fácticos como jurídicos que en sede extraordinaria se plantean, a partir de las diferentes reglas que se han venido consolidando jurisprudencialmente. Con lo cual, no se trata de ser estáticos ni asumir el rol de meros repetidores judiciales, sino de entender los diferentes escenarios en los que discurren las controversias laborales y de seguridad social para así darles una solución integral y acorde con los postulados propios de un órgano de cierre...”.

La Sala, no se comparte la postura ya referida por el apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pues si bien la accionante tuvo varios traslados horizontales en el RAIS, que en criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “...*pueden considerarse como un acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen...*”, lo cierto es que a partir de los hechos y del análisis en conjunto de la prueba allegada, se genera para esta Superioridad la certeza de que no existió simetría de la información de parte de los fondos privados coaccionados, es decir, que la asegurada hubiese contado con todos los elementos necesarios y suficientes, con

las implicaciones concretas de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro régimen, y con una asesoría focalizada y dirigida, para que en su caso particular tomara la decisión que considerara más beneficiosa.

Esta Sala, acoge el planteamiento en la medida que se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia petitionada. Además, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al régimen de ahorro individual a Porvenir y posteriormente a Protección SA se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

Precisa la Sala que las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante con los rendimientos generados por éstos en cada uno de los Fondos Privados, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, los cuales deben asumir las AFP con cargo a sus propios recursos, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliado a aquellas, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho. (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido debido a la afiliación, *“...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...”*. En tanto que *“...al haber sido una 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...” (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones.

Por otra parte, en cuanto a los gastos de administración, es importante relieves como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió reciente y puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

“...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...”

Queda claro, que esta Sala de Decisión, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colpensiones una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias ente uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de

administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Tampoco es procedente que sea el administrador, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien asuma los deterioros por cualquier causa de las cotizaciones de los afiliados, pues la ineficacia se causa por la conducta de la AFP privada, dada la omisión del deber de información que le incumbe.

Sumado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 2308, Radicado 81630 de 7 de julio, SL 2932, Radicado 71679 de 12 de agosto de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021 precisó que las Administradoras de Pensiones deben devolver a Colpensiones la totalidad de los conceptos objeto de restitución, debidamente indexados, por el periodo en que el asegurado permaneció afiliado a dichas AFP.

Al respecto en la sentencia SL 3709 de 2021, la Corporación mencionada refirió que *“...como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”*.

Es, así pues, como se trata que el reintegro de cotizaciones no tenga mengua en razón de descuentos, sino que este corresponda al ciento por ciento de la respectiva cotización, razón por la cual, se despacha desfavorablemente el recurso de alzada interpuesto.

Adicionalmente, se debe anotar que la regla del artículo 1746 del Código Civil no se limita al caso de pérdidas o deterioros, la misma es una previsión legal adicional a las restituciones a que hubiese legal, y es por ello que se reitera, esta Sala acoge

en las restituciones las reglas pacíficas al respecto dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las anteriores referencias de esta providencia, para lo cual además, no puede perderse del horizonte que los rendimientos son generados por un capital aportado a título de cotizaciones del trabajador y su empleador.

Ahora bien, se debe ocupar la Sala del análisis de la excepción de mérito de prescripción, la cual fue alegada por las codemandadas. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que desde la existencia del Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia ha sostenido de manera invariable que el derecho a la pensión en sí mismo no prescribe, por ser una prestación social cuyo disfrute obedece al hecho de ser de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, empero prescriben las mesadas o los reajustes pensionales exigibles que no se hubiesen cobrado por su beneficiario dentro del lapso trienal previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Sentencias de 18 de diciembre de 1954; y 18 de febrero de 2005, Radicado 21.378).

Adicionalmente, en la Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: **i)** que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación; **ii)** que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de su reconocimiento; **iii)** que los hechos o estados jurídicos no prescriben, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello”; y **iv)** que esta última tesis cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, porque la sentencia que la declara, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las

codemandadas, se reitera, por encontrarse en estudio el tema bajo los presupuestos de la ineficacia.

Ahora, sobre el recurso elevado por la parte actora, ha de indicarse que el artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las mismas, orientado a que sean cubiertas por la parte que pierde el litigio, sin hacer distinción sobre la persona que debe correr con la obligación una vez decidida la litis. Por su parte, el artículo 366 del mismo estatuto prescribe que las agencias en derecho solo pueden controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, y conforme a expreso mandato legal, ésta tiene lugar inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el Superior. Por lo tanto, no es oportuno el reparo propuesto por la parte actora en el recurso de alzada.

DE LAS COSTAS

Las costas en primera instancia como quedo dicho en la sentencia que se revisa en consulta y apelación.

Ante la desventura del recurso de alzada, se condena en costas a Porvenir en esta instancia y a favor del actor en la suma de \$1.300.000.

Así las cosas, se confirmará la providencia que se revisa en apelación y consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín.

05001310502620230004801

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y a favor del demandante en la suma de \$1.300.000.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

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

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

Francisco Arango Torres
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: **11f9e0462ed65aa4dde19cdcc98ce2d3b0c7b11c17fb46789d8b0a65b1362b09**

Documento generado en 31/01/2024 03:32:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>