



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-009-2018-00262-01
Demandante:	María Luz Urrego Correa
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, julio veintidós (22) de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuesto por los señores apoderados de Porvenir S.A. y Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de febrero del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor MARÍA

LUZ URREGO CORREA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., proceso al cual fue vinculada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Radicado 05001-31-05-009-2018-00262-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora MARÍA LUZ URREGO CORREA, convocó a juicio a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare que Porvenir S.A., no cumplió con sus deberes de información y asesoramiento, previo a la vinculación a dicha entidad, en consecuencia, se ordene su traslado inmediato al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, condenándose a Porvenir S.A., a trasladar el total del saldo existente en la cuenta de ahorro individual hacía Colpensiones, junto con los rendimientos, intereses, bono pensional, gastos de administración y la totalidad de la cotización efectuada mes a mes, sin el descuento para pensión de invalidez, sobrevivientes, gastos administrativos, comisiones, ni el descuento para garantía de pensión mínima; se condene a Colpensiones recibirla como afiliada, sin solución de continuidad, recibiendo los dineros que traslade Porvenir S.A.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso, en síntesis que, la señora María Luz Urrego Correa, quien nació el 23 de septiembre de 1961, estuvo afiliada al ISS y realizó traslado a Porvenir S.A, por cuanto los asesores de dicha entidad le indicaron que podía recibir una mesada pensional mayor y más joven, que el ISS podría desaparecer, sin explicar las consecuencias reales del traslado de régimen, adicionalmente, se expone que no le informaron a la actora acerca del capital que requería para pensionarse, no le indicaron en que consistía el bono pensional, ni que un porcentaje de la cotización se destinaba para gastos de

administración, así como tampoco la incidencia de los beneficiarios en el monto de la pensión de vejez, presentándose una omisión de información por parte de Porvenir S.A.

1.2.- CONTESTACIÓN

Notificada en debida forma la demanda, **PORVENIR S.A.**, procedió a dar respuesta a la misma, señalando que no le consta la fecha de nacimiento de la actora, ni la afiliación al ISS, resaltando que no es cierto que el traslado de régimen pensional de la pretensora se hubiera dado con Porvenir S.A., pues el mismo se dio con Protección S.A., no siendo tampoco cierto que la entidad hubiera omitido información, pues a la accionante se le brindó una asesoría completa y detallada sobre las características y condiciones del régimen, así como las diferencias con el Régimen de Prima Media.

En oposición a las súplicas de la demanda formuló las excepciones de prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, manifestando que es cierto lo relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y el traslado de régimen pensional, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; prescripción; imposibilidad de condena en costas; buena fe y la innominada.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** replica la demanda, afirmando que es cierto que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen

de Ahorro Individual, aclarando que ello ocurrió a través de Protección S.A. y no con Porvenir S.A, además, que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, estando precedida de una asesoría adecuada, correcta y suficiente, en estricto cumplimiento de la normatividad vigente, pues los asesores de la entidad son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados, de ahí que no es cierto lo relativo al traslado de régimen en la forma en que afirma la parte actora.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa; buena fe; prescripción; traslado de aportes a la AFP Porvenir S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs, convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 24 de febrero del año 2022, el Juzgado de conocimiento declaró ineficaz el traslado de la señora María Luz Urrego Correa, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad materializado a través de las AFP Protección S.A y Porvenir S.A; ordenó a Porvenir S.A., que una vez alcance ejecutoria la providencia, proceda a pasar a Colpensiones, los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación de la demandantes a esa entidad, y por el periodo de permanencia en la misma, incluyendo el saldo depositado en la cuenta individual, los valores cobrados a título de cuota de administración y

comisiones, aportes para garantía de pensión mínima y las cuotas de seguros previsionales con los respectivos rendimientos. Igualmente, ordenó a Protección S.A pasar a Colpensiones los respectivos rendimientos, los valores cobrados a título de cuota de administración y comisiones, aportes para garantía de pensión mínima, y las cuotas de seguros previsionales; ordenó a Colpensiones aceptar el retorno de la actora, sin solución de continuidad y recibir los recursos mencionados, finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A.

Solicita se revoque las condenas relacionadas con el traslado a Colpensiones de los cuotas de administración y los seguros previsionales, por cuanto durante el tiempo que la demandante tuvo vigente la afiliación a la entidad, se realizó una excelente gestión de administración de la cuenta de ahorro individual, por lo que ordenar el traslado de las cuotas de administración es desconocer esa labor; aduce que se desconoce el derecho a las restituciones mutuas consagrado en el artículo 1746 del Código Civil, agrega, que se genera un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, entidad que nunca administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, recordando a demás que los descuentos por cuotas de administración y seguro provisional se realizan por autorización legal y también se descuentan en el Régimen de Prima Media, teniendo dichos conceptos una naturaleza diferente a la de la pensión, por lo que inclusive se podría hablar de una prescripción parcial de las cuotas de administración y seguros, señalando finalmente, que el seguro que se pacta con un tercero de buena fe, que es la aseguradora y si bien no se generó el siniestro eso no es razón para desconocer el funcionamiento de los seguros.

Porvenir S.A.

Expone que, en relación a la declaración de ineficacia, no se valoró por el despacho que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción del formulario desafiliación, documento que no fue tachado de falso y que expresa que la escogencia del régimen se dio de forma libre, voluntaria y espontánea, habiendo sido asesorada la demandante sobre este, por lo que no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato, sino de un requerimiento legal, sosteniendo que no se puede desconocer que Porvenir S.A., garantizó el derecho de retracto con la publicación realizada en el diario el tiempo el 14 de enero de 2004, sin que la actora ejerciera esa facultad, situación que no fue valorada como negligencia de su parte, agregando, que con la declaratoria de ineficacia, se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada de la demandante.

Arguyó, que tampoco procede la condena de la devolución de las cuotas de administración, pues de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se aplican y estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de prescripción, de igual manera merece atención el hecho que ordenar el traslado de los gastos de administración a Colpensiones se genera un enriquecimiento sin causa en favor de dicha administradora, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional, por lo que no procede esta pretensión debiendo condenarse a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en la cuenta de ahorro individual como lo tiene decantado la Sala de Civil de la Corte Suprema de Justicia tratándose de las restituciones mutuas, por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de Porvenir S.A. y de Colpensiones. El apoderado de Porvenir S.A. solicita se revoque la providencia de primera instancia, por cuanto no se acreditó un vicio del consentimiento y mucho menos se probó alguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, por lo que el acto jurídico de vinculación es eficaz, adicionalmente, reiterando los argumentos expuestos al momento de interponer el recurso de apelación, solicitando, además, se tenga en cuenta el concepto expedido por la Superfinanciera, que hace referencia a los conceptos que deben ser trasladados, una vez sea declarada la ineficacia de la afiliación.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones solicita, en caso de confirmarse la ineficacia del traslado de la parte actora, se confirme la devolución de los aportes con sus rendimientos, frutos e intereses, por parte de porvenir S.A., además de las cuotas de administración en su integridad como ya se mencionó, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima por parte tanto de Porvenir S.A. como de Protección S.A., adicionando la decisión respecto a que dichas sumas deberán devolverse debidamente indexadas a Colpensiones, ello atendiendo lo reiterado por la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL 1795 de 2017 y SL 4989 de 2018, asimismo, se confirme la exoneración a Colpensiones de las costas del proceso.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que la señora María Luz Urrego Correa nació el 23 de septiembre de 1961, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en folio 98 del anexo 02 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 17 de mayo de 1996, con fecha de efectividad el 1° de julio de la misma anualidad, trasladándose posteriormente a Porvenir S.A., el 23 de julio de 1999, de conformidad con los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes a folios 43 del anexo 05 del expediente digital y 44 y 128 del anexo 02 del mismo.
- Que la accionante acredita un total de 1213 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral generada por Porvenir S.A., el 27 de junio del 2018, obrante en a folios 154 a 163 del anexo 02 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por el señor Juez Noveno Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 17 de mayo de 1996 a través de la AFP Protección S.A. y su posterior movilidad a Porvenir S.A., el 23 de julio de 1999?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Protección S.A. y Porvenir S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y los descuentos por seguros previsionales?

¿Si opera la prescripción respecto de las comisiones de administración?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información por parte Protección S.A., y por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante a Colpensiones, ii) no se configura el fenómeno prescriptivo respecto de las comisiones de administración, en consecuencia, la sentencia debe CONFIRMADA, aunque ADICIONADA en el numeral segundo, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de manera indexada.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto

Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o*

cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber

permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, entre muchas otras.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional de la señora María Luz Urrego Correa, a través de la AFP Protección S.A., el 17 de mayo de 1996, con fecha de efectividad el 1° de septiembre de 1995 y a Porvenir S.A., el 23 de julio de 1999, de conformidad con los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes a folios 43 del anexo 05 del expediente digital y 44 y 128 del anexo 02 del mismo, no obstante, los formularios de afiliación no dan cuenta de la información que fue brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual, no es posible atender los argumentos planteados por el apoderado de Porvenir S.A.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma explicó en relación a la afiliación a Protección S.A., que se encontraba laborando en el municipio de la Unión, llegó un vendedor de Protección S.A., para venderles la afiliación, con el argumento de que el Seguro Social se iba acabar, que el fondo privado pensionaba mejor, no se necesitaba cumplir la edad y que la mesada sería mejor que la del ISS, sosteniendo que no le hablaron de la forma en que se construye la pensión en el régimen y en cuanto al traslado posterior a Porvenir S.A., adujo que la Caja Agraria se terminó en el 1999, que estaba en licencia de maternidad, nació el Banco Agrario y la llamaron de gestión humana, que debía ir a firmar nuevo contrato, porque si no se quedaba por fuera, señalando que no hubo asesor de Porvenir S.A. y que no recibió ninguna información.

Se sigue de lo anterior, que el traslado de la actora se efectuó sin que la misma hubiera recibido información adecuada, esto es, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, conforme a las exigencias legales vigentes para la fecha del traslado.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, que desvirtúe lo afirmado por el accionante, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Protección S.A. y posteriormente Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., cumplieran con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Protección S.A. a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, resaltando que el hecho de que la actora hubiera realizado traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no tiene incidencia alguna respecto de la declaratoria de ineficacia, pues con ello no se sana los defectos de la afiliación inicial con la cual se configuró el cambio de régimen pensional y así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 3034 de 2021 y atendiendo a ello, tampoco presenta una mayor relevancia, que la afiliada no hubiere hecho uso del derecho de retracto, como lo reclama el apoderado de Porvenir S.A., pues la falta de diligencia que se reclama a la titular de la acción, no exime a la entidad administradora del cumplimiento de sus deberes, en este caso, del deber de información.

Sobre los efectos de la ineficacia

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones

de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora, por lo que no encuentra vocación de prosperidad en esta instancia el recurso de alzada presentado por los apoderados de Porvenir S.A. y de Protección S.A.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Porvenir S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la pretensora, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la accionante 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”.

Por último respecto a la aplicación del concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hace referencia el apoderado de Porvenir S.A., en sus alegatos de conclusión, debe recordarse que la devolución de los conceptos ordenados debe ser entendida como consecuencia de la sanción del acto jurídico cuya responsabilidad es atribuible a la AFP, de ahí que no pueda acogerse dicho concepto, pues en este asunto, no se trata de un simple

traslado, sino del incumplimiento al deber información, que tornó ineficaz la vinculación.

Prescripción

Desestima la Sala la procedencia de declarar la prescripción respecto de los gastos de administración que debe trasladar Porvenir S.A. y Protección S.A. a Colpensiones, en primer lugar, por cuanto los mismos son un componente de la cotización la cual tiene como fin el financiamiento del riesgo de vejez, sin que tales descuentos puedan escindirse, por lo tanto participan del carácter de imprescriptibles, en segundo lugar, la devolución solo se hace exigible a partir de la declaratoria de ineficacia de la afiliación contenida en la sentencia, razón por la cual no se configura el término prescriptivo. Sobre el tema de la imprescriptibilidad en estos asuntos, se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL 2877 (78667) del 29 de julio del 2020, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Sobre la indexación

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, razón por la cual se ordenará el pago de la referida indexación.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impuesta por el a quo, se encuentra ajustada a los anteriores criterios, sin embargo, es necesario ADICIONAR el numeral segundo de la providencia recurrida, en el sentido de ordenar a Protección S.A. y Porvenir S.A., el traslado de las comisiones de

administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, de manera indexada, CONFIRMÁNDOLA en lo demás.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas.

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **ADICIONA** el **numeral segundo** de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Laboral de Circuito de Medellín, el 24 de febrero de 2022, en el proceso ordinario instaurado por la señora MARÍA LUZ URREGO CORREA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en el sentido de **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, de manera indexada.

2.- Se **CONFIRMA** la sentencia en lo demás.

3.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas.

4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO