



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-019-2020-00043-01
Demandante:	Álvaro Ramón Ospina Osorio
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, julio veintiocho (28) 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, en ausencia justificada 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 Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de la entidad pública, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de mayo del año 2022, en el

proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor ALVARO RAMÓN OSPINA OSORIO 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., Radicado 05001-31-05-019-2020-00043-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor ALVARO RAMÓN OSPINA OSORIO, llamó a juicio a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual, en consecuencia, se condene a Protección S.A., a devolver a Colpensiones sus cotizaciones con los correspondientes rendimientos y se ordene a Colpensiones admitirlo en el Régimen de Prima Media y reciba las cotizaciones correspondientes.

En respaldo de dichas súplicas se expuso que el señor Álvaro Ramón Ospina Osorio nació el 12 de agosto de 1962, que se afilió al ISS al iniciar su vida laboral, trasladándose el 21 de noviembre de 1997 a Porvenir S.A., y posteriormente, el 21 de enero de 2022 a Protección S.A.

Se relató que para el traslado de fondos el actor recibió a un funcionario de Protección S.A., quien no le suministró la información necesaria, limitándose a decir que el traslado era necesario porque el ISS se iba acabar y se quedaría sin pensión, además que en el fondo privado se podía pensionar a cualquier edad y con una mejor pensión, sin explicar los requisitos necesarios para la pensión anticipada, ni que la pensión variaba de acuerdo al rendimiento de los aportes, así como tampoco la incidencia de la esposa en el cálculo de la pensión.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, sin constarle los demás hechos de la demanda, los cuales deben ser probados.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen; devolución de aportes debidamente indexados; buena fe de Colpensiones; prescripción; la innominada; compensación e imposibilidad e condena en costas.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** indicó que es cierta la fecha de nacimiento del actor y la afiliación a Protección S.A., que no es cierto que la entidad no le suministró al accionante la información necesaria al momento de la afiliación, toda vez que los asesores cuentan con toda la preparación, el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para asesorar en debida forma a los posibles afiliados, como fue el caso del demandante a quien se le informó oportuna, clara, suficiente y comprensiblemente todas las características del Régimen de Ahorro Individual y las diferencias con el Régimen de Prima Media.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa; buena fe; prescripción; 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 el 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.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** afirmó que no es cierto en la forma en que está redactado, lo referente a la afiliación del demandante a Porvenir S.A., toda vez que la misma se dio de manera libre, espontanea, sin presiones y engaños, después de que el actor fue amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, señalando no constarle los demás hechos.

En oposición a la prosperidad de las pretensiones presentó las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 24 de mayo del año 2022, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la vinculación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, materializado a través de Porvenir S.A. y Protección S.A., declarando consecuentemente que para efectos pensionales, ha estado afiliado al Régimen de Prima Media; ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso del accionante; ordenó a Protección S.A., trasladar los valores que hubiere recibido con motivos de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir dineros destinados al pago de seguros previsionales, con destino a Colpensiones y a ésta a recibirlos; ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración y comisiones que hubiere percibido, durante el tiempo de afiliación del demandante a dicha entidad y condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A.

La apoderada de la entidad interpone recurso parcial en lo que respecta al traslado de los seguros previsionales y las comisiones de administración, solicitando no se obligue a enviar el valor de los seguros, toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual del demandante se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia, esta pagara una suma adicional que financiara las pensiones por estos conceptos, encontrándose la entidad imposibilitada para recobrárselo a la aseguradora que es un tercero de buena fe y respecto de las comisiones para administración expuso que dicho descuento se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible y vigente y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, además de que en Colpensiones también se realizan dichos descuentos.

Porvenir S.A.

Interpone recurso parcial en lo atinente a la obligación de devolver lo descontado por concepto de comisiones de administración, señalando en primer lugar, que es un concepto autorizado a descontar a las administradoras como consecuencia de la buena administración de la cuenta de ahorro individual del demandante y que se vio materializado en incrementar el saldo de la misma generando rendimientos financieros, considerando que devolver estas sumas de dinero a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa, pues estos descuentos también se generan en Colpensiones y dichas sumas de dinero no están destinadas a financiar la pensión de vejez y por ello puede hablarse de prescripción de las mismas al ser un concepto de tracto sucesivo

Mencionó que la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020 ha establecido que cuando procede un traslado de régimen pensional solamente se debe devolver las cotizaciones con los rendimientos, sin que haya lugar a devolver suma adicional, lo que se confirma con lo regula el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, adujo que se está aplicando los efectos de la ineficacia en forma parcializada, solamente para los fondos privados, sin que se imponga la obligación para el demandante, pese a que la ley es clara en establecer que cuando procede la ineficacia ambas partes están obligadas a las restituciones mutuas.

Colpensiones.

El apoderado de la administradora interpuso el recurso de apelación, refiriendo que el deber de información ha tenido una evolución en el tiempo y la exigencia a las AFP debe tenerse en cuenta de acuerdo a la vigencia de la normatividad para la fecha, pues exigir una carga adicional implica desconocer lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y una vulneración al principio de confianza legítima, debido proceso y seguridad jurídica, por lo que solicita se revoque 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 sentencia de primera instancia, por cuanto considera que en este asunto, no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento, con el cambio de régimen de la demandante, pues no se alegó ni probó, alguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, aunado al hecho de que en el formulario de afiliación, se dejó la constancia de que la selección de régimen, fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que se ratifica con el interrogatorio de parte, resaltando que la entidad, cumplió con la

carga procesal impuesta, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder. Finaliza indicando que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor, está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que, en caso de condenarse a pagar valores adicionales, se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero, dentro del negocio jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones reiteró que la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, no siendo razonable imponer a las administradoras, obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico. Finalmente, solicitó que, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades, entre otros.

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 el señor Álvaro Ramón Ospina Osorio, nació el 24 de mayo de 2022, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 147 del anexo 01 del expediente digital.
- Que el actor 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 Porvenir S.A., el 21 de noviembre de 1997, con fecha de efectividad el 1° de enero de 1998 y posteriormente a Protección S.A., el 21 de enero de 2022, con fecha de efectividad el 1° de marzo de la misma anualidad, de conformidad con los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes en a folios 11, 12 y 217 respectivamente, del anexo 01 del expediente digital.
- Que el accionante acredita un total de 1417.85 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., obrante a folios 19 a 25 del anexo 01 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 Diecinueve

Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 21 de noviembre de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. y su posterior movilidad a Protección S.A., 21 de enero del 2002?

¿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 traslado por incumplimiento del deber de información, (ii) como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, (iii) no opera la prescripción en relación de las comisiones de administración, en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA PARCIALMENTE en el numeral tercero, para ordenar a Protección S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas por seguros previsionales, así mismo ADICIONADA en el mismo numeral para ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima y para ordenar a Porvenir S.A. el traslado de las cuotas por seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, descontados en vigencia de la afiliación a dicha AFP, advirtiendo que ambas entidades deberán devolver los citados conceptos debidamente indexados y CONFIRMADA en lo demás.

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 del señor Álvaro Ramón Ospina Osorio, a través de la AFP Porvenir S.A., el 21 de noviembre de 1997, con fecha de efectividad el 1° de enero de 1998 y posteriormente a Protección S.A., el 21 de enero de 2022, con fecha de efectividad el 1° de marzo de la misma anualidad, de conformidad con los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes en a folios 11, 12 y 217 respectivamente, del anexo 01 del expediente digital., 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.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que en noviembre 1997, trabajaba en la compañía Microplas, se presentaron funcionarios de Porvenir S.A., que uno de ellos le informó que se iba a quedar sin pensión porque el Seguro se iba acabar, le dijo que la administradora privada tenía beneficios, que la pensión era heredable, que se podía retirar en cualquier momento y que tendría una buena mesada pensional, que el único requisito era firmar un formulario y lo firmó, expuso que no le indicaron que pasaría con los aportes que tenía en el ISS, que no conocía los requisitos que necesitaba en el ISS para pensionarse, que no le hablaron de rendimientos, no le indicaron que la pensión dependería del capital que lograra reunir, no le hablaron de aportes voluntarios, ni qué pasaría si no cumplía con los requisitos para pensionarse y no le hablaron de las modalidades pensionales. En relación al traslado a Protección S.A., sostuvo

que los asesores de dicha entidad lo visitaron en el trabajo, que ofrecían los mismos beneficios que Porvenir S.A., pero le ofrecieron más acompañamiento y más sucursales en Medellín, sin brindarle información adicional.

De lo anterior se advierte que el pretensor efectuó el traslado de régimen pensional sin haber recibido la información adecuada, y si bien le mencionaron algunos de los beneficios que ofrece el sistema pensional privado, no conocía las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, tal y como era exigido por la normatividad vigente a 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 Porvenir S.A., para el momento en el cual se genera el cambio de régimen pensional, cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, obligación que tampoco se acredita hubiere sido cumplida por Protección S.A.

En este escenario probatorio, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

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 del 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 del actor, 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 Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Protección S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, 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 del 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 del pretensor, 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 del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora, llamando la atención de la Sala que este punto fuera objeto de reparo por la apoderada de Protección S.A., cuando fue expresamente excluido de la condena por parte del a quo.

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 entre otras 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”.

Adicional a lo expuesto y atendiendo, a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado que la indexación de las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP es un efecto propio de la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, se adicionará

el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de ordenar a Protección S.A. y Porvenir S.A., la indexación de dichos rubros.

En relación a la aplicación del concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hace referencia el apoderado de Porvenir S.A., tanto en la sustentación de la alzada como 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 la imprescriptibilidad en estos asuntos 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.

Así las cosas, la orden de traslado impartida por el fallador primario, no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo que deberá REVOCARSE PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia, para ordenar a Protección S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, así mismo se habrá de ADICIONAR el citado numeral para

ordenar a Protección S.A. el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima y para ordenar a Porvenir S.A. el traslado de las cuotas por seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, descontados en vigencia de la afiliación a dicha entidad, advirtiéndole que los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán trasladarse debidamente indexados.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, 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 **REVOCA PARCIALEMNTE** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral de Circuito de Medellín, el 24 de mayo de 2022, en el proceso ordinario instaurado por el señor ALVARO RAMÓN OSPINA OSORIO en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para en su lugar **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, así mismo se **ADICIONA** el citado numeral, a fin de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima y **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** el traslado de las cuotas por seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía

Mínima, descontados en vigencia de la afiliación del actor a dicha entidad, advirtiéndole que los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán trasladarse debidamente indexados.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, 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