



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-001-2020-00108-01
Demandante: Beatriz Gabriela Guarín Montoya
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A., y
Protección S.A.
Asunto: Apelación y Consulta
Procedencia: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, agosto nueve (9) 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 las apoderadas de Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de la última, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 20 de abril del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora

BEATRIZ GABRIELA GUARIN MONTOYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, Radicado 05001-31-05-001-2020-00108-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora BEATRIZ GABRIELA GUARIN MONTOYA, convocó a juicio a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colmena hoy Protección S.A., así como las afiliaciones a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., declarándose que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A., a trasladar la totalidad del dinero existente en su cuenta de ahorro individual y el dinero que ingresó al Régimen de Ahorro Individual, sin ningún tipo de deducción, con los rendimientos financieros e incluyendo los gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguro de sobreviviente, extendiéndose dicha condena a Protección S.A. y Colfondos S.A., finalmente, se ordene a Colpensiones recibir los referidos valores y aceptar el traslado al régimen que administra.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso, en síntesis que, la señora Beatriz Gabriela Guarín Montoya, nació el 3 de marzo de 1963, que en febrero de 1989 se afilió al Régimen de Prima Media administrado en su momento por la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, que en 1999 asesores de la AFP Colmena hoy Protección S.A., acudieron a la Universidad y

persuadieron a la actora para que se trasladara de régimen pensional, aseverando que le era más favorable, que tendría mejor mesada pensional y antes de la edad exigida, sin suministrar información clara y suficiente, efectuándose la vinculación el 17 de agosto de 1999, trasladándose posteriormente a Horizonte el 21 de noviembre de 2002, Colfondos S.A., el 29 de marzo de 2005 y nuevamente en Horizonte el 15 de febrero de 2006, afirmando que en ninguna oportunidad se le brindó información clara completa y veraz acerca de las características, funcionamiento, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales.

1.2.- CONTESTACIÓN

Notificada en debida forma la demanda, **PROTECCION S.A.** procedió a dar respuesta a la misma, señalando que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, no constándole la afiliación al Régimen de Prima Media y afirmando que no es cierto lo referido a la vinculación de la actora a Protección S.A, en tanto que la afiliación se dio luego de que se recibiera una asesoría amplia, concreta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS y las diferencias existentes entre los dos regímenes pensionales, sin que se haya omitido la responsabilidad profesional o deber legal de información y fue a partir de dicha ilustración honesta y transparente que la pretensora de manera libre, consciente e informada se afilió a la entidad.

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 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 y la innominada o genérica.

COLPENSIONES, dio respuesta al libelo introductorio, manifestando que es cierto lo relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante y que no le constan los demás supuestos fácticos por tratarse de relaciones entre terceros, en las cuales no tuvo participación la entidad y en oposición a las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de nulidad, ineficacia o inexistencia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; improcedencia de la afiliación; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media; desconocimiento del precedente judicial; ausencia de requisitos para trasladarse del Régimen de Ahorro al Régimen de Prima; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; prescripción; compensación; imposibilidad de condena en costas; buena fe y la innominada.

A su vez, **COLFONDOS S.A.**, replicó la demanda, aceptando como cierto la fecha de nacimiento de la demandante e indicó no constarle los demás hechos por cuanto se refiere a situaciones fácticas ante terceros y por lo tanto son Colpensiones, Protección S.A., y Porvenir S.A., las legitimadas para pronunciarse sobre los mismos.

En oposición a las súplicas de la demanda formuló las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, sostuvo respecto de la afiliación de la demandante que la vinculación de la misma a Horizonte el 21 de noviembre de 2002 y posteriormente el 1° de abril de 2006, se realizó de forma informada, libre y voluntaria, asimismo, manifestó que no le constan los demás hechos.

En contraposición a las pretensiones planteó las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 20 de abril del año 2022, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad que solicitara la accionante el día 17 de agosto de 1999 a la AFP Colmena hoy Protección S.A., quedando igualmente ineficaces los posteriores traslados entre administradoras a Colfondos y Porvenir S.A.; requirió a la actora para que radique formulario de afiliación a Colpensiones, sin posibilidad de negarse su afiliación con sustento en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ordenando a Colpensiones tener a la accionante como válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS; condenó a Porvenir S.A., trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluyendo los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, indexados, igualmente, condenó a Protección S.A. y Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, por el tiempo en que la pretensora estuvo afiliada a cada fondo, con su respectiva indexación y finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A.

Interpone recurso de apelación parcial en lo que tiene que ver con la devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales debidamente indexadas, solicitando se revoque dicho numeral, teniendo en cuenta que la comisión de administración es un descuento autorizado y además ordenado a los fondos de pensiones en la Ley 100 de 1993 y la modificación de la Ley 797 de 2003, siendo claro que el mencionado descuento se usa para cubrir los gastos de administración y seguro previsional y es un descuento que opera en ambos regímenes, por lo que con la orden que se impone a Protección S.A., se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante cuando adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la gestión de administración realizada por los fondos, gestión que faculta a Porvenir S.A. a conservar la comisión como restitución mutua a su favor conforme lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, el cual se aplica en estos asuntos de forma parcial, pues se pretende que no genere efectos jurídicos la afiliación, pero los rendimientos financieros que son producto de esos efectos jurídicos si se entienden como realizados, por lo que se desconoce las restituciones mutuas, afectándose el principio constitucional de la inescindibilidad de la norma.

Frente al cobro destinado al pago del seguro previsional, sostuvo que se desconoce en primera medida que no tienen porque los fondos de pensiones asumirlas de su propio patrimonio, porque la financiación de estos seguros se realiza por mandato legal, incluso la póliza también existe en el Régimen de Prima Media, por lo que no es posible desnaturalizar el contrato de seguro. Expuso finalmente, que frente al cobro del 3% destinado a la comisión de administración si opera el fenómeno prescriptivo en tanto que es un concepto de tracto sucesivo, no financia directamente la pensión de vejez y porque lo

que se declara como imprescriptible es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la ineficacia.

Porvenir S.A.

Manifiesta desacuerdo con la sentencia, tras considerar que no hay razón fáctica o jurídica para la declaratoria de ineficacia, pues del interrogatorio de parte y de las pruebas recaudadas es evidente que la demandante se afilió a Horizonte de forma libre y voluntaria, voluntad que se vio reflejada en la suscripción del formato de vinculación, resaltando que Porvenir S.A., cumplió con todas las cargas establecida en la normatividad vigente para la época y por si eso no fuera suficiente la entidad ha realizado campañas masivas para informar a los consumidores financieros de los distintos cambios normativos y ha apuesto a disposición diferentes canales de comunicación, resaltando que la demandante contó con múltiples oportunidades para informarse sobre el acto jurídico celebrado, nunca manifestó su voluntad de retornar al Régimen de Prima Media y realizó múltiples traslados lo cual debe entenderse como su voluntad fidedigna de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual.

Solicita que, en el evento en que se decida dejar en firme la declaratoria de ineficacia, se revoque la orden de devolución de gastos de administración, cuotas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, pues estos conceptos se invirtieron para la generación de frutos y rendimientos que se ven reflejados de forma positiva en la cuenta de ahorro individual, además amparó los cubrimientos de los riesgos de invalidez y muerte y en todo caso se realizó conforme al mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Colpensiones

Solicita se revoque la sentencia, en consideración que la demandante nunca ha estado vinculada al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, por lo que la ineficacia es inoponible frente a terceros de buena fe como lo es la entidad, de manera que la consecuencia de ello no debe ser tener válidamente afiliada a la actora, sino que se deberían buscarse alternativas diferentes a fin de salvaguardar los intereses de la demandante y correlativamente los intereses de Colpensiones, además, la entidad siempre actúa en cumplimiento de una normativa actual y es el hecho de que la señora Beatriz se encuentra inmersa en impedimento legal para retornar o ser aceptada en el régimen.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la parte actora, Porvenir S.A. y Colpensiones. La procuradora judicial de la demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta la jurisprudencia decantada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL 4360 de 2019, SL 3202 y SL 2611 de 2020, SL5680 de 2021 y SL 4701 de 2021.

La apoderada de Porvenir S.A., solicita se revoque la sentencia, toda vez que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la decisión de la actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la Ley, esto es, cumpliendo con el deber de información establecido en el Decreto 663 de 1993, razón por la cual no hay lugar a que se ordene el traslado de rendimientos, sumas adicionales de la asegurados, ni ningún descuento, reiterando que los mismos tienen una destinación legal y lograron sus objetivos, por lo que de confirmarse la condena, se estaría frente a un enriquecimiento sin causa, en favor de la demandante.

De otro lado, la apoderada de Colpensiones reitera los argumentos expuesto en la sustentación del recurso de alzada a fin de rogar por la revocatoria del fallo de primera instancia, en tanto que la actora no presentó afiliación al Régimen de Prima Media administrado por la entidad. Solicita, en caso de confirmarse la ineficacia de la afiliación, se adicione la sentencia, ordenando a Protección S.A., Colfondos S.A y Porvenir S.A, traslade a Colpensiones el 100% de los aportes obligatorios efectuados por el demandante, tal cual lo concluyó la Juez de instancia, pero incluyendo además, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses, lo concerniente al bono pensional del demandante y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, causados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a las administradoras del RAIS, debidamente indexadas para que con ello, se evite causar cualquier tipo de perjuicio o detrimento económico a la entidad.

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 Beatriz Gabriela Guarín Montoya nació el 3 de marzo de 1963, tal y como se desprende de la copia del registro civil de nacimiento obrante a folios 37 del anexo 01 del expediente digital.
- Que la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 17 de agosto de 1999, con fecha de efectividad el 1º de octubre de la misma anualidad, trasladándose posteriormente a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 21 de noviembre de 2002, seguidamente, se afilió a Colfondos S.A., el 29 de marzo de 2005, retornando a Horizonte el 15 de febrero de 2006, de conformidad con los formularios de afiliación, obrantes a folios 53, 71 y 115 del anexo 01 del expediente digital, precisando que, respecto de la última afiliación a la AFP Horizonte, no obra el respectivo formulario de vinculación, no obstante, fue aceptada por la entidad la afiliación.
- Que la accionante acredita un total de 1638 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral generada por Porvenir S.A., el 18 de diciembre del 2020, obrante en a folios 28 a 36 de la carpeta 12 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 la señora Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz la afiliación

de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 17 de agosto de 1999 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. y su posterior movilidad a la AFP Horizonte S.A. y Colfondos S.A.?

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

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

¿Si es procedente ordenar a Colpensiones recibir a la actora como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pese a que la misma no presentó afiliación al extinto ISS?

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 la AFP Colmena hoy Protección S.A., ineficacia que afecta la posterior movilidad de la gestora del proceso al interior del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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, iii) corresponde a Colpensiones como única administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir a la actora como afiliada, en consecuencia, la sentencia debe CONFIRMADA.

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 que la señora Beatriz Gabriela Guarín Montoya, quien estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 17 de agosto de 1999, con fecha de efectividad el 1º de octubre de la misma anualidad, trasladándose posteriormente a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 21 de noviembre de 2002, posteriormente, se afilió a Colfondos S.A., el 29 de marzo de 2005 y finalmente, retornó a Horizonte el 15 de febrero de 2006, de conformidad con los formularios de afiliación, obrantes a folios 53, 71 y 115 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 suple 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 la apoderada de Porvenir S.A.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma explicó que estuvo en la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de 1989 a 1999, que les informaron que la Caja se iba a acabar y una asesora de Colmena le hizo la afiliación con ellos, afirmando que no les dieron charla respecto del Régimen de Ahorro Individual, no le dieron información de que pasaría con las semanas que tenía en la Caja, no le

hablaron del derecho de retracto, ni del capital que necesitaba para obtener una pensión, que únicamente le dijeron que se podía pensionar con más beneficios y antes de la edad. En relación al traslado a Colfondos S.A. adujo que en la oficina les dieron una charla y les dijeron que tendrían una mesada más alta y que la pensión podía ser heredable, situación que se repitió con Porvenir S.A.

Se sigue de lo anterior, que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con la cual tuvo lugar el cambio de régimen pensional, 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 la AFP Colmena hoy Protección S.A., posteriormente a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. y Colfondos S.A., cumplieran con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó la AFP Colmena 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 materializó 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 la apoderada de Porvenir S.A.

Debe advertirse que no se comparte los planteamientos esbozados por la apoderada de Colpensiones en la sustentación del recurso de alzada, en tanto que es claro que la actora al inicio de su vida laboral sí presentó afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia y ante la extinción de dicha caja de previsión, es Colpensiones, como única administradora del Régimen de Prima Media la obligada a recibir a la pretensora como su afiliada. Sumado a lo anterior, y si en gracia de discusión se partiera de la base que la demandante no presentó afiliación al sistema público de pensiones, ello tampoco sería obstáculo para imponer a Colpensiones la carga de recibirla como afiliada, toda vez que en virtud de la declaratoria de ineficacia y conforme lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al quedar sin efecto la vinculación al Régimen de Ahorro Individual, podrá el trabajador realizar nuevamente la afiliación en forma libre y espontánea, emergiendo sin lugar a duda alguna que la voluntad de la gestora del proceso es pertenecer al Régimen de Prima Media.

Finalmente, incumbe mencionar que el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, razón por la cual en nada la afecta la prohibición contemplada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, como lo reclama la apoderada de Colpensiones, precisando igualmente, que a juicio de este Colegiado, basta la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, para entender que la pretensora se encuentra inmersa en el Régimen de Prima Media, sin necesidad de que la misma tenga que suscribir formulario de afiliación como fue requerido por la a quo, sin embargo, dicha orden no fue apelada por la activa.

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 la AFP Colmena hoy 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”.

Igualmente, en la referenciada sentencia SL2877 de 2020, se pronunció la Alta Corporación, en torno a la procedencia de extender la obligación de

devolución a todas las AFP a las cuales haya estado vinculado el afiliado “*los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión.*”

Prescripción

Desestima la Sala la procedencia de declarar la prescripción respecto de los gastos de administración que debe trasladar Colfondos S.A, 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.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impuesta por el a quo, se encuentra ajustada a los anteriores criterios, imponiéndose la confirmación íntegra del fallo.

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 **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Medellín, el 20 de abril de 2022, en el proceso ordinario instaurado por la señora BEATRIZ GABRIELA GUARIN MONTOYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, conforme lo expuesto en la parte motiva.

2.- 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.- 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