



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-023-2019-00802-01
Demandante:	Jorge Humberto Osorio Benítez
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, agosto diez (10) 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 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, en concordancia el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 a decidir el recurso de apelación interpuesto por los señores apoderados de la parte demandada Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, el 27 de abril del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor JORGE HUMBERTO OSORIO BENÍTEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA

DE PENSIONES COLPENSIONES, de 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 05001-31-05-023-2019-00802-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor JORGE HUMBERTO OSORIO BENÍTEZ, convocó a juicio a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada a Porvenir S.A. y a Protección S.A., toda vez que, en las mismas, medió vicio del consentimiento, al no indicársele las consecuencias que le acarrearía dichos traslados; se declare la afiliación permanente y sin solución de continuidad a Colpensiones; se condene a Protección S.A., como AFP en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, a trasladar a Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta del mismo, junto con los rendimientos y el bono; se ordene a Colpensiones recibir los valores que se le deben trasladar.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que el accionante nació el 16 de noviembre de 1957, en 1998 fue abordado por un asesor de Protección S.A., quien le sugirió trasladarse a dicha entidad, indicándole que con ellos se podría pensionar antes de la edad mínima y con un monto superior; posteriormente, en el 2002, se trasladó a Porvenir S.A., por cuanto el asesor de dicha administradora le afirmó, que con ellos obtendría mayores rendimientos, retornando a Protección S.A., en el año 2004

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto lo relacionado con la edad del demandante, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones ausencia de causa para pedir nulidad e ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; inexistencia de la obligación de aceptar el traslado por expresa prohibición legal; imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas; detrimento patrimonial de los recursos del Estado al admitir el traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media por vulneración al principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; inexistencia de la obligación de declarar la nulidad/ineficacia del traslado de régimen pensional; inexistencia de elementos para la declaratoria de la nulidad de traslado del régimen pensional; inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al Régimen de Prima Media por falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; prescripción; compensación, pago e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** replicó la demanda, exponiendo que sus asesores brindaban asesorías individuales o grupales, en las que les impartían a los posibles afiliados, los suficientes conocimientos sobre el sistema pensional colombiano y los dos regímenes vigentes, siendo informado el actor de manera objetiva e integral, sobre las características del régimen al cual se pretendía trasladar, explicando las diferencias y características de cada uno de ellos.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; la innominada o genérica; 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 e 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.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** explicó que, en el año 2002, el actor suscribió de manera libre y voluntaria su formulario de afiliación a la administradora, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación y de reiterarle el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, pues el traslado se efectuó desde Protección S.A.

Y, como excepciones, presentó las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 27 de abril del 2022, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Protección S.A.; ordenó a Protección S.A., devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, sumas del seguro previsional y demás emolumentos integrantes de sus aportes, en el término improrrogable de 30 días, precisando que el posible detrimento que hubiese podido afectar el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por cualquier causa, habrá de ser asumido por las AFP demandadas, de su propio patrimonio, es decir, en modo alguno esta situación podrá afectar los intereses patrimoniales de Colpensiones, quien queda liberada de ese riesgo; ordenó a Colpensiones recibir la devolución a que están obligadas Protección S.A. y Porvenir S.A., esta última en relación con el eventual detrimento que se hubiere causado en el capital ahorrado por el demandante, condenando en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones

La apoderada de la entidad interpuso el recurso de apelación, insistiendo en que el propósito de su representada, es tratar de cambiar el lineamiento jurisprudencial de las altas Cortes, basándose para ello en que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que permitió el retorno de las personas a Colpensiones, cuando no les faltare menos de 10 años para cumplir la edad pensional, no es caprichoso, sino que el mismo se basa en dos vertientes, la primera las expectativas pensionales de los afiliados y la segunda el principio de sostenibilidad financiera.

Considera que las demandas en las que se solicita la ineficacia de la afiliación, se están manejando como un retiro programado sujeto a condición, en donde la persona tan solo cuando está muy próxima a pensionarse, analiza si le conviene o no permanecer en el fondo privado, quedándole muy complejo a Colpensiones, tener una previsión contable, ya que se desconoce cuántas personas van a llegar vía traslado.

Protección S.A.

La apoderada de la administradora interpuso recurso de apelación de manera parcial, en cuanto al traslado de los seguros previsionales y las comisiones de administración; en cuanto al seguro previsional, solicita no se condene a devolver el mismo, en tanto que de la cuenta del actor se descontó dicho seguro y se trasladó a una aseguradora. Y, en cuanto a las comisiones de administración, las mismas se soportan en la ley y como retribución a una correcta administración de las cuentas de sus afiliados.

Porvenir S.A.

Finalmente, el apoderado de la AFP recurrió la decisión de la a quo, considerando que no tuvo en cuenta que el consentimiento informado del

actor, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, además, se garantizó el derecho al retracto, según publicación realizada en el diario el Tiempo.

Arguye que no procedía la condena a devolver comisiones de administración, pues estas también se descuentan en el Régimen de Prima Media, no hacen parte de la pensión de vejez y opera la prescripción sobre las mismas, indicando que, de sostenerse dicha orden, debería restituirse a su representada, los rendimientos financieros generados por su buena gestión.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la apoderada de Colpensiones, reiterando lo indicado al momento de interponer su recurso de apelación.

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 Jorge Humberto Osorio Benítez nació el 16 de noviembre de 1957, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el documento *03. Anexos Demanda_p11-p32.pdf folio 6* del plenario.

- Que el demandante 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 abril de 1998, con fecha de efectividad el 1° de junio de 1998, a Porvenir S.A. el 3 de septiembre del 2002, con fecha de efectividad el 1° de noviembre del 2002, retornando a Protección S.A., el 26 de enero del 2004, con fecha de efectividad el 1° de marzo del 2004, información que se extrae de los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes en el documento *13. Anexos Contestación Protección_p11-p257.pdf folios 1 a 2 y 6* del plenario.

- Que el accionante acredita un total de 1748.57 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., obrante en el documento *13. Anexos Contestación Protección_p11-p257.pdf folios 21 a 37* del plenario.

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 Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 1° de junio de 1998 al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A. y su posterior movilidad a Porvenir S.A., 1° de noviembre del 2002, con el retorno a Protección S.A. el 1° de marzo del 2004?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, deberá ordenarse a Protección S.A. y Porvenir S.A., el traslado de las comisiones de administración 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 de Porvenir S.A, y por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante a Colpensiones, ii) no se configura el fenómeno prescriptivo respecto de las comisiones de administración, en consecuencia, la sentencia debe ser ADICIONADA en el numeral segundo para ordenar a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES las comisiones de administración y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante en vigencia de la afiliación a la entidad, esto es, del 1° de junio de 1998 al 31 de octubre del 2002 y del 1° de marzo del 2004 en adelante; así mismo, se ordena que las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales que deberá trasladar PROTECCIÓN S.A., lo haga de manera indexada; de igual forma se ADICIONA este numeral ordenando a PORVENIR S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria en vigencia de la afiliación a dicha AFP, esto es, entre el 1° de noviembre del 2002 al 28 de febrero del 2004, debidamente indexados, CONFIRMÁNDOLA en las demás partes.

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 Jorge Humberto Osorio Benítez, a través de la AFP Protección S.A., el 17 de abril de 1998, con fecha de efectividad el 1° de junio de 1998, a Porvenir S.A. el 3 de septiembre del 2002, con fecha de efectividad el 1° de noviembre del 2002, retornando a Protección S.A., el 26 de enero del 2004, con fecha de efectividad el 1° de marzo del 2004, información que se extrae de los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes en el documento *13. Anexos Contestación Protección_p11-p257.pdf folios 1 a 2 y 6* del plenario, no obstante, el formulario de afiliación no da 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.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó, en cuanto al traslado a Protección S.A., que en 1998 estaba haciendo una especialización en gerencia de ventas en la Universidad Católica de Oriente, y una de las compañeras le presentó a la hermana que había acabado de ingresar a laborar a Protección S.A., quien le dijo que era mejor que se trasladara, por cuanto podría tener una mayor rentabilidad y tomó esa opción; luego se trasladó a Porvenir S.A., pero retornó

a Protección S.A. porque vio que tenía mejor rentabilidad; afirmó que para 1999 le dio un infarto, tenía muchos problemas con la entrega de los medicamentos y por eso decidió permanecer en el régimen privado, ello aunado al hecho que habían rumores que indicaban que el ISS se iba a acabar.

De lo anterior se colige que, si bien el actor se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información adecuada, sin conocer las características, el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las consecuencias del traslado y las desventajas de dicho régimen.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Protección S.A. y posteriormente Porvenir S.A., cumpliera 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. al 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, no teniendo vocación de prosperidad el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, precisando que no puede declararse la imposibilidad de traslado del accionante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en tanto que, el retorno del mismo al Régimen de Prima Media se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 los recursos de alzada presentados por los apoderados de Protección S.A. y Porvenir 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 ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del 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 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.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

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

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

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

En similar sentido se pronunció la Corporación en cita, en la sentencia SL 3034 de 2021:

“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 S.A, 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”.

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 esta imprescriptibilidad 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

En atención a que 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 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 inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, se ordenara la indexación de las referidas sumas.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe ADICIONARSE el numeral segundo del fallo, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES las comisiones de administración y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante en vigencia de la afiliación a la entidad, esto es, del 1° de junio de 1998 al 31 de octubre del 2002 y del 1° de marzo del 2004 en adelante, aclarando que si bien es cierto la a quo refirió que debía trasladarse la totalidad de los valores que se hubiera recibido en razón de la afiliación, no se hizo mención expresa a las comisiones de administración y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, razón por la cual se estima necesaria la adición de la sentencia en tal sentido; así mismo, se ordena que las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales que deberá trasladar PROTECCIÓN S.A., lo haga de manera indexada; de igual forma se ADICIONA este numeral ordenando a PORVENIR S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria en vigencia de la afiliación a dicha AFP, esto es, entre el 1° de noviembre del 2002 al 28 de febrero del 2004, debidamente indexados, CONFIRMÁNDOLA en lo demás.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A., Porvenir S.A. y de 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 **ADICIONA** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral de Circuito de Medellín, el 27 de abril de 2022, en el proceso ordinario instaurado por el señor JORGE HUMBERTO OSORIO BENÍTEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA para ordenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES las comisiones de administración y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante en vigencia de la afiliación a la entidad, esto es, del 1° de junio de 1998 al 31 de octubre del 2002 y del 1° de marzo del 2004 en adelante; así mismo, se ordena que las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales que deberá trasladar PROTECCIÓN S.A., lo haga de manera indexada; de igual forma se **ADICIONA** este numeral ordenando a PORVENIR S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria en vigencia de la afiliación a dicha AFP, esto es, entre el 1° de noviembre del 2002 al 28 de febrero del 2004, debidamente indexados.

2.- Se **CONFIRMA** la sentencia referida en los demás numerales.


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