



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-003-2019-00619-01
Demandante:	Ligia Inés Gil Gallo
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Tema:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, agosto once (11) 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 los recursos de apelación interpuestos por Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el 14 de febrero de 2022, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora

LIGIA INES GIL GALLO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Radicado 05001-31-05-003-2019-00619-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora LIGIA INES GIL GALLO, llamó a juicio a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, persiguiendo se declare la ineficacia del traslado del ISS hacía Horizonte Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A. y Protección S.A; se declare que siempre ha estado válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, el valor descontado para primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, gastos de administración, el valor descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, frutos, rendimientos e intereses, en igual sentido, se condene a Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones el valor descontado para gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1995 y el 31 de abril de 2005, finalmente, se condene a Colpensiones a validar los aportes que le sean trasladados e incorporarlos en su historia laboral.

Como fundamento de tales pedimentos se expuso, que la señora Ligia Inés Gil Gallo nació el 14 de octubre de 1963, que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS, trasladándose a partir del 30 de junio de 1995 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A., luego se trasladó a

Horizonte y posteriormente a Protección S.A., expresando que los asesores de Porvenir S.A., Horizonte y Protección S.A, no le brindaron a la demandante la información debida acerca de las graves consecuencias del traslado y simplemente para convencerla de la afiliación le dijeron que el ISS se iba acabar, que no iba a jubilarse nunca, que con ellos podría pensionarse anticipadamente y con más dinero, por lo que no hubo un consentimiento informado, libre, voluntario, ni autónomo.

1.2.- CONTESTACIÓN

Efectuadas las diligencias de notificación, **COLPENSIONES** procedió a dar respuesta al libelo introductorio, aceptando como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación de la actora al ISS y el traslado al Régimen de Ahorro Individual, señalando que no le constan las demás afirmaciones de la demanda, por tratarse de situaciones ajenas a la entidad y porque no obra prueba que las respalde. Para resistir las pretensiones formuló las excepciones de imposibilidad que Colpensiones declare ineficacia del traslado; improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.**, indicó que es cierta la fecha de nacimiento de la actora, que se trasladó del ISS a Porvenir S.A. y posteriormente a Horizonte y Santander hoy Protección S.A., no constándole los móviles que llevaron a la accionante a trasladarse a Porvenir S.A, no siendo cierto que las administradoras de fondos de pensiones hayan promocionado una oferta engañosa, destacando que Santander hoy Protección S.A, siempre se ha caracterizado por contratar personal idóneo para cada uno de sus cargos y especialmente los ejecutivos del área comercial, para que puedan brindar una asesoría debidamente adecuada y responsable, por lo que a la demandante se le

suministró una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS y las diferencias con el RPM.

En oposición al éxito de las pretensiones presentó 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; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; la innominada o genérica.

Finalmente, **PORVENIR S.A.**, aludió en su escrito de réplica que no es cierto lo informado en relación al traslado de régimen y afiliación de la actora a Porvenir S.A., en tanto que la misma escogió de manera libre el Régimen de Ahorro Individual luego de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del sistema, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, poniendo en conocimiento las ventajas y desventajas del régimen e indicó no constarle los demás hechos.

Para enervar las pretensiones planteó las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado de Tercero Laboral del Circuito de Medellín, a quien correspondió el trámite, mediante fallo proferido el 14 de febrero de 2022, resolvió declarar que Protección S.A y Porvenir S.A., faltaron a la obligación de dar información

veraz, clara y oportuna a la demandante cuando esta se trasladó del municipio de Medellín a Porvenir S.A. y luego a Protección S.A.; declaró que Protección S.A. y Porvenir S.A., causaron grave menoscabo en la mesada pensional de la actora, declaró la responsabilidad profesional y constitucional de dichas administradoras en el perjuicio económico causado a la demandante, declaró la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del Régimen de Prima Media de la accionante; absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que le imparte; ordenó a Protección S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite la demandante, se le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, incluyendo las mesadas retroactivas, hasta la fecha en que se acredite el retiro laboral; ordenó a Protección S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, bajo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante, solicite a Colpensiones, elaboración de cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional, ordenando a Colpensiones, que dentro de los dos meses siguientes a la solicitud por escrito de Protección S.A., elabore el cálculo y dentro de ese mismo lapso, lo presente por escrito a la AFP y ésta, dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba el valor del cálculo actuarial, proceda al pago real y efectivo a Colpensiones; ordenó a Protección S.A., que hasta tanto no pague el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, está obligada a seguir reconociendo y pagando la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media a la demandante y Colpensiones subrogará en dicha obligación a Protección S.A., desde el momento en el que reciba el pago del cálculo actuarial pensional; autorizó a Protección S.A., para recobrar de Porvenir S.A., el 27% del valor del cálculo actuarial, el cual deberá ser pagado por Porvenir S.A., dentro del mes siguiente de recibida la solicitud, autorizando igualmente protección S.A. a enjugar, parte del valor del cálculo actuarial, tomando para sí los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma que estuviere en su cuenta; finalmente, condenó en costas a cargo de Protección S.A., autorizándola a recobrar de Porvenir S.A., el 27% del valor de las costas pagadas a la demandante.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A.

La apoderada de la entidad solicita se revoque la totalidad del fallo, referenciando, resaltó que en la motivación de la sentencia el juez alude a una vulneración de los principios constitucionales respecto de las demandadas, considerando que el fallo es violatorio del principio de congruencia, defensa, contradicción y buena fe, pues concede unas pretensiones que no se solicitaron, se dicta un fallo que no tiene nada que ver con lo discutido, probado y solicitado, resaltando que el artículo 281 del Código General del Proceso, insta a que se sigan unos preceptos por el Juez, los cuales fueron desconocidos, no se pueden emitir sentencias por hechos distintos a los indicados en la demanda, además cita la sentencia T-386 de 2001, en la cual se abordó el principio de la seguridad jurídica, concluyendo que una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y desconozca casos previamente analizados, so pretexto de la autonomía judicial en realidad lo que está desconociendo es un principio constitucional.

Respecto a los perjuicios concedidos por el Juez, adujo que es claro que para que una pretensión indemnizatoria prospere se hace necesario que concurra una conducta o hecho culposos imputable al demandado, la demostración del perjuicio y un nexo de causalidad, los cuales no se configuran en el caso particular, pues la entidad no incumplió con sus deberes contractuales legales, adicionalmente el perjuicio que se invoca por el juez le es atribuido a la demandante por su propia decisión de permanecer afiliada al RAIS, y si bien no se puede ejercer el derecho de contradicción en el proceso y bien explica el juez que no se puede declarar confesa a la demandante porque el principio a la seguridad social es irrenunciable, el juez pudo interrumpir la diligencia, para lograr la comparecencia de la demandante a rendir el interrogatorio de parte solicitado en aras de la transparencia, el derecho de defensa y contradicción y

no se hizo, siendo claro que los fondos de pensiones vienen asumiendo una carga probatoria que la misma jurisprudencia le impone, pero el juez no se encarga de velar por el cumplimiento y la práctica de esa prueba y se puede entender que no se declare confeso, pero no se garantizó el derecho a la defensa, a la prueba y la igualdad entre las partes, siendo importante mencionar que no se le puede endilgar por la parte demandante la responsabilidad a la entidad por una afiliación que para efectos legales se entiende existente, válida y eficaz y más cuando no existe ninguna prueba que demuestre que Protección S.A., haya viciado su consentimiento para la afiliación, el formulario de afiliación no fue tachado de falsedad ni desconocido, la demandante ni siquiera se presentó a rendir interrogatorio de parte, como se puede probar entonces si la afiliación es válida, cuando no se permite la práctica de la prueba, siendo el mínimo deber que tiene la parte en un proceso judicial, no se da la posibilidad de contrariar las afirmaciones de la demanda.

Refirió que conforme el artículo 206 del CGP se hace improcedente la condena de primera instancia, la cual es violatoria del debido proceso, resultando improcedente e irracional, liquidar una prestación en el régimen de ahorro individual bajo la normatividad del Régimen de Prima Media, ello resulta excesivo, ilegal e inconstitucional, se desconoce totalmente la naturaleza del Régimen de Ahorro Individual, normas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional y se viola el principio de sostenibilidad financiera, solicitando se revoque la totalidad de la sentencia y se tenga en cuenta la desventaja que tuvo la entidad al no haber podido practicarse la prueba solicitada desde la contestación de la demanda.

Porvenir S.A.

Solicita se revoque el fallo, aduciendo que si bien existe un precedente, el mismo no se debe aplicar de manera objetiva, sino que se debe analizar las circunstancias del caso concreto y en el presente por la no comparecencia de la

demandante se debió haber presumido como ciertos los hechos susceptibles de confesión, es decir, que si se logró probar por las demandadas que si se le brindó a la demandante una información completa, comprensible y entendible, pues para la fecha de la suscripción del formulario solo se tenía como válido dicho formulario con la manifestación de la voluntad, no se requerían otros documentos. Además, se violó el debido principio, defensa y contradicción, pues lo mínimo que debió hacer la demandante fue comparecer al proceso, tampoco se puede endilgar la responsabilidad exclusiva a la entidad de probar hechos o elementos, sin que se pueda generalizar que los asesores no brindaron información y ese es el fin con el cual se solicita el interrogatorio de parte.

Sostuvo que no se consideran los perjuicios, porque ni siquiera fueron solicitados dentro de la demanda, la pretensión es la ineficacia de la afiliación, no hay correlación con la solicitud de una pensión y si bien el juez tiene la facultad de fallar ultra y extra petita, la Corte en la sentencia SL 3614 de 2020 ha señalado cuáles son los elementos que se deben contemplar para que se falle en esa medida y es que el fallo no puede ser superior a lo solicitado en la demanda y ni siquiera hay una prueba o elemento que indique que se solicitó la pensión de vejez, en igual sentido no procede el fallo a título de daño causado, pues la demandante no pudo haber sufrido un perjuicio al momento de la afiliación con la entidad, la cual fue producto de su voluntad, pues no se contaba ni con una mera expectativa y en todo caso no se probó ningún daño, ni el nexo causal del mismo.

Por último, expuso que no se puede desconocer que los regímenes pensionales son excluyentes y cuentan con su propia regulación, el único administrador del Régimen de Prima Media es Colpensiones, por lo que no existe norma que sustente la condena impuesta.

Colpensiones

Solicita se revoque la sentencia toda vez que la ineficacia que fue declarada por inaplicación constitucional, no fue lo solicitado por la demandante en la demanda, lo pretendido es una ineficacia simple como se viene trabajando desde hace años por las distintas cortes, solicitando se tenga en cuenta que no hay lugar a la subrogación pensional, toda vez que el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual son sistemas completamente diferentes, con normatividad diferente, modo de liquidación, mesada pensional, requisitos, solicitando que en caso de que se considera declarar la ineficacia, lo cual estima no sería posible, se ordene el traslado de los aportes, rendimientos, los seguros descontados, cuotas de administración, toda vez que de no hacerse sería imposible financieramente para Colpensiones pagar la pensión.

1.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció Colpensiones, señalando que la inaplicabilidad constitucional, es una teoría que no puede ser admisible, toda vez que en ningún momento se está violentando el derecho fundamental al acceso de la seguridad en pensiones, razón por la por cual el principio de la responsabilidad debe ser compartido dado que el demandante no puede acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario está en la obligación legal de acceder a la información respecto cual es el fondo más conveniente para percibir su pensión, resaltando que la afiliación de la actora al RAIS es completamente válida y por ende no se le puede imponer condena a Colpensiones, como lo sería recibir nuevamente a la afiliada en el Régimen de Prima Media y reconocer eventualmente una pensión, por lo que ruega se revoque la sentencia y en caso de que se declare la ineficacia, se acceda a lo solicitado en la sustentación del recurso de alzada.

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 Ligia Inés Gil Gallo nació el 14 de octubre de 1963, tal y como se desprende de la copia del registro civil de nacimiento obrante a folios 01 del anexo 002 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., el 30 de junio de 1995, con fecha de efectividad el 1º de julio de la misma anualidad, posteriormente, se afilió a Horizonte el 27 de julio de 2001 y finalmente, se trasladó a Pensiones Santander hoy Protección S.A., el 7 de marzo de 2005, de conformidad con los formularios de afiliación, obrantes a folios 13, 14 y 15 del anexo 002 del expediente digital y el certificado SIAFP que milita a folios 94 del anexo 012.

- Que la accionante acredita un total de 1606.99 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral generada por Protección S.A., el 15 de diciembre de 2019, visible a folios 97-104 del anexo 012 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 Tercero Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., efectuado por la demandante el 30 de junio del año 1995, así como la posterior movilidad a Horizonte y Protección S.A.?

¿Si la declaratoria de ineficacia tiene como efecto declarar la responsabilidad patrimonial de las AFP accionadas, y si como consecuencia de ello, debe ordenarse a Protección S.A., reconocer la pensión de vejez a la accionante bajo las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, efectuar recobro en un porcentaje del 27% a Porvenir S.A., y posteriormente, subrogarse en Colpensiones a través del pago de un cálculo actuarial?

¿Si en el trámite del proceso se vulneró el derecho de defensa y contradicción de las administradoras de pensiones, ante la inasistencia de la actora a la audiencia en la cual debía rendir interrogatorio de parte?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de traslado de la demandante por falta de información ii) la

ineficacia supone que la afiliación no produce efectos jurídicos, manteniéndose vigente la afiliación en el Régimen de Prima Media, iii) debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la afiliada pretensora, iv) siendo improcedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial y las condenas impuestas por el a quo, v) no existiendo vulneración al derecho de defensa de las accionadas, en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA en los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y décimo primero, CONFIRMANDOLA en lo demás, esto es, en los numerales primero y décimo segundo.

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; SL 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 14 de febrero 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 subreglas principales establecidos por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional de la señora Ligia Inés Gil Gallo, a través de la AFP Porvenir S.A., el 30 de junio de 1995, posteriormente, se afilió a Horizonte el 27 de julio de 2001 y finalmente, se trasladó a Pensiones Santander hoy Protección S.A., el 7 de marzo de 2005, de conformidad con los formularios de afiliación, obrantes a folios 13, 14 y 15 del anexo 002 del expediente digital, no obstante, se recuerda que los formularios de vinculación por sí solos no dan cuenta de la información que fue brindada a la 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, ni puede tenerse por satisfechas las obligaciones y responsabilidades de las administradoras de pensiones tal y como lo afirma la apoderada de Porvenir S.A., en la sustentación del recurso de alzada.

Advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Porvenir S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, obligación que tampoco se acredita hubiera sido cumplida por Protección S.A.

Ahora, sostienen las apoderadas de Protección S.A. y Porvenir S.A., que, en virtud de la inasistencia de la promotora del proceso a las audiencias, se vulneró el derecho de contradicción y defensa de sus representadas, en tanto que no pudo practicarse el interrogatorio de parte, reprochando Protección S.A., que el a quo no hubiera suspendido la audiencia a fin de lograr la comparecencia de la actora, estos reparos no son compartidos por esta Judicatura, pues si bien es cuestionable que la señora Ligia Inés Gil Gallo, no se hubiera presentado a la audiencia, máxime cuando la misma se llevó a cabo de manera virtual, sin que se justificara la razón para ello, lo cierto del caso, dicha situación no lesiona en medida alguna las garantías procesales de las partes, no siendo el interrogatorio de parte el único medio probatorio con que cuentan las accionadas para ejercer su defensa, sumado a ello, conforme lo dispuesto en el artículo 372 del Código General del Proceso, las audiencias se realizaran aunque no concurra alguna de las partes o sus apoderados, de ahí que la inasistencia de la demandante no constituye razón alguna para que el Juez suspendiera o reprogramara las diligencias.

Acota la Sala, que tampoco se comparte la apreciación del fallador de primera instancia, según la cual no podía declararse confesa a la accionante en tanto que en el litigio se debate un asunto que atañe a derechos fundamentales,

como es la seguridad social, pues juicio de la Sala, no puede sostenerse que la validez de la afiliación al RAIS implique per se la vulneración de referido derecho, aunado a que en aplicación de la normatividad vigente (artículo 77 Código Procesal Laboral y 205 del Código General del Proceso), la confesión ficta procede en todos los procesos, sin que se consagren excepciones según la naturaleza del proceso, sin embargo, no es posible en esta instancia, determinar cuáles son los hechos susceptibles de confesión, pues corresponde al juzgador de primera instancia especificar cuáles son los hechos sobre los que pesa la declaración de confesión judicial, tal y como lo ha dejado sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL SL1048 de 2022, en la cual se indicó:

“Cabe reiterar el criterio de la Sala en cuanto a que es verdad que resulta ineludible que el juez de primera instancia especifique cuáles son los hechos sobre los que pesa la declaración de confesión judicial y los que no tengan esa virtualidad, ello como garantía del debido proceso y el derecho a la defensa. Esa delimitación procesal no es de poca monta y adquiere mayor entidad en el escenario de casación, dado que, si se trata de lo segundo, es decir, lo que no es susceptible de confesión, generaría un indicio grave en contra del ausente en los términos del artículo 210 del CPC, hoy 205 CGP, prueba que no es calificada (art. 7 L. 16/69, CSJ SL, 12 feb. 1992, rad. 4772, CSJ SL, 22 may. 1992, rad. 4000 y CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 34390).

Es justo ahí donde radica la importancia de identificar los hechos sobre los cuales pesa la confesión presunta, y aquellos que constituyen indicio grave. En ese sentido se ha pronunciado esta Corporación en varias ocasiones, como lo hizo en sentencia CSJ SL, 23 ago. 2006, rad. 27060, reiterada, entre otras, en decisión CSJ SL, 27 jun. 2012, rad. 43398”.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Porvenir S.A. a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, procede la ineficacia de la afiliación. No obstante, se resalta que la ineficacia no se da por inaplicación constitucional de la regla que imposibilita el traslado de régimen o de las reglas propias del RAIS, por ser este un régimen legal, cuya

constitucionalidad ha sido ratificada por la Corte Constitucional entre otras, en sentencias C086 de 2000, C789 de 2002 y C1024 de 2004, tal y como lo enunció la apoderada de Protección S.A., sino por la ausencia de asesoría técnica en el momento del traslado, recordando que en este tipo de litigios opera una inversión de la carga de la prueba, que le traslada la responsabilidad a la administradora de pensiones de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria, para adoptar una decisión consciente y acreditar que actuó con la debida diligencia conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil.

Sobre los efectos de la ineficacia

Ahora bien, atendiendo a la ineficacia que se declara, debe indicarse que la consecuencia de la misma, lo es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, ello implica que la demandante conserva válida su afiliación al Régimen de Prima Media, por lo tanto, lo que procede es la devolución de la totalidad de los dineros que hubiere recibido Porvenir S.A. y Protección S.A., en vigencia de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y primas de seguro previsional.

La orden impartida por el a quo a Protección S.A., de reconocer la pensión bajo las reglas del Régimen de Prima Media y emitir un cálculo actuarial con miras a la subrogación de la pensión que debe reconocer Colpensiones, no es un efecto propio de la ineficacia y desconoce las reglas propias de cada régimen, los cuales como ya se indicó y como fue resaltado por las apoderadas que conforman el polo pasivo, son excluyentes.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en este proceso no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la AFP y en todo caso, la

ineficacia declarada, impide que se materialice el perjuicio que busca corregir el fallador de instancia, tampoco se pretende el reconocimiento de la pensión de vejez, razones por las cuales las órdenes impartidas, alteran sustancialmente el principio de congruencia y de contera, el derecho de defensa y contradicción de las accionadas.

Debe precisarse que la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, 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.

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 la administradora accionada, y, 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 de la promotora del proceso, por lo tanto, deben 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 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 la misma providencia 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.”*

Sobre la indexación de los conceptos a trasladar por Protección S.A. y Porvenir S.A.

Sobre este punto, bajo la égida del grado jurisdiccional de consulta en el que se conoce en favor de Colpensiones y en atención a que recientemente 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 adocinado la procedencia de la indexación de los conceptos 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 que debe reintegrar la AFP, como un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, se ordenará la indexación de las referidas sumas.

Colofón de lo anterior, debe REVOCARSE los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y décimo primero de la sentencia, y en su lugar, se ordenará a Protección S.A., trasladar a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la actora, debidamente indexados. En igual sentido, Porvenir S.A., deberá trasladar también a Colpensiones las comisiones de administración, cuotas de los seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante en vigencia de la afiliación a dicha entidad, esto es, entre el 01 de julio de 1995 y el 30 de abril del año 2005, con su respectiva indexación.

Toda vez que prospera parcialmente los recursos interpuestos, se abstendrá la Sala de imponer condena en costas en esa instancia.

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** los numerales **segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y décimo primero** de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora LIGIA INES GIL GALLO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVNIR S.A., y en su lugar, se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, así como las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la actora, éstos últimos debidamente indexados al momento de efectuarse el traslado. En igual sentido, se **CONDENA** a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones de administración, cuotas de los seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante en vigencia de la afiliación a dicha entidad, esto es, entre el 01 de julio de 1995 y el 30 de abril del año 2005, con su respectiva indexación.

2.- Se **CONFIRMA** la sentencia referida en sus numerales primero y décimo segundo.

3.- Sin **COSTAS** en esta instancia.

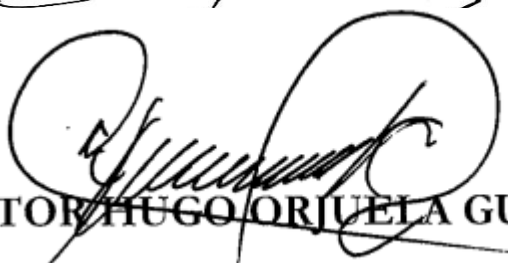
4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

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