



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-019-2021-00307-01
Demandante:	Gabriel Eulises Betancur
Demandado:	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, octubre veintiséis (26) 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 MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 a decidir el recurso de apelación interpuesto por los señores apoderados de Porvenir S.A. y de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de la entidad pública, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el 17 de agosto del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor GABRIEL EULISES BETANCUR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Radicado 05001-31-05-019-2021-00307-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor GABRIEL EULISES BETANCUR, convocó a juicio a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación del actor a Colpatria hoy Porvenir S.A. y a ING hoy Protección S.A., al no estar precedida de la información suficiente; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del actor a Colpensiones; se declare que el demandante es beneficiario del régimen de transición y que tiene derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión de vejez, desde el 4 de abril del 2012, debidamente indexada, con base en los salarios de los últimos 10 años, con un IBL de \$1.188.183 y una tasa de reemplazo del 90%, aplicando el Decreto 758 de 1990 o con una tasa del 75%, conforme la Ley 33 de 1975 o la Ley 71 de 1988. De manera subsidiaria solicita se ordene a Porvenir S.A. reconocer, a título de perjuicio económico, el retroactivo causado por la reliquidación de la pensión, a partir del 4 de abril del 2012 y hasta que Colpensiones reliquide la mesada; se condene a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, comisiones y seguros previsionales y a Colpensiones recibir los valores; se condene a Colpensiones a reconocer los intereses moratorios y la indexación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que el demandante nació el 4 de abril de 1952, afiliándose a Colpensiones el 10 de agosto de 1994, siendo trabajador oficial de manera inicial. Explica que realizó traslado a Colpatria hoy Porvenir S.A. el 20 de mayo de 1998, por solicitud realizada por su empleador Empresas Públicas de Yarumal ESP,

luego, el 13 de enero del 2000, suscribió formulario de afiliación a ING hoy Protección S.A. y el 22 de julio del 2002, regresó a Colpensiones, alcanzando un total de 1349 semanas, realizando su última cotización el 30 de noviembre del 2008, siendo beneficiario del régimen de transición.

Expresó que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez al accionante, por medio de la Resolución GNR 244968 del 2013, en aplicación de la Ley 797 del 2003, la que se liquidó sobre un IBL de \$1.188.498, con una tasa de reemplazo del 67.45%, arrojando una mesada de \$821.202, a partir del 4 de abril del 2012.

Adujo que el traslado del accionante a Colpatria hoy Porvenir S.A., se dio porque los asesores comerciales le manifestaron que podría acceder a la pensión a cualquier edad, incluso con una mayor mesada, sin indicarle las condiciones particulares bajo las cuales se pensionaría.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que no le consta ninguno de los hechos de la demanda, debiendo probar lo indicado en los mismos.

A su vez, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; imposibilidad de declarar la ineficacia o nulidad de traslado cuando el demandante adquirió el estatus de pensionado o tiene una situación jurídica consolidada; inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen; inexistencia de la obligación de pagar intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; devolución de aportes debidamente indexados; buena fe; prescripción; la innominada; compensación; imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. replica el libelo inicial aduciendo que el demandante suscribió formulario de afiliación a la AFP, el 20 de mayo de 1998 y su afiliación se hizo efectiva el 1° de julio de 1998, afirmando que, con la suscripción del formulario de afiliación, se manifiesta de manera explícita su conformidad de vincularse a la entidad.

Presentó 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.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.**, se pronunció expresando que al actor se le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre los aspectos del Régimen de Ahorro Individual, indicando las diferencias que existen entre ambos regímenes, señalando con claridad que son excluyentes y traen sus propias implicaciones o efectos para cada persona.

En su defensa, 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 y la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 17 de agosto del año 2022, el Juzgado de conocimiento declaró ineficaz el traslado del actor, del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, declarando que para efectos

pensionales, siempre estuvo afiliado al primero de los regímenes enunciados; ordenó a Porvenir S.A. y a Protección S.A., trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados al pago de seguros previsionales a Colpensiones y a ésta a recibirlos; declaró que al accionante le asiste derecho a la pensión de vejez, bajo las previsiones del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994 y el artículo 21 de la citada Ley 100 de 1993, la cual estará a cargo de Colpensiones; condenó a Colpensiones a reconocer al actor, por retroactivo pensional entre el 11 de febrero de 2018 y el 31 de julio de 2022, \$6.986.131, valor sobre el que proceden los descuentos en salud y se deberá cancelar de manera indexada; condenó a Colpensiones a continuar reconociendo al actor, a partir del 1° de agosto del 2022, una mesada de \$1.303.465; costas del proceso a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

La apoderada de la administradora interpuso recurso de apelación, indicando que su representada utilizó los recursos provenientes de los gastos de administración, para generar rendimientos, los cuales se ven reflejados de forma positiva en la cuenta del afiliado, lo que se hizo acorde con el mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, agregando que al ser un servicio que ya se prestó al afiliado, no se podría retrotraer, ya que afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

Colpensiones

El apoderado de la entidad, interpuso recurso de apelación, indicando que, con la decisión del Despacho, se menoscaba el patrimonio del Régimen de Prima Media y se pone en riesgo a los demás afiliados, citando la sentencia SU 130 del 2013, como sustento de su disenso.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados del demandante, de Porvenir S.A. y de Colpensiones. El apoderado del demandante realiza un amplio análisis sobre la evolución jurisprudencial del deber de información con el devenir de los años, insistiendo en el derecho del actor a que se le reliquide su pensión de vejez, en aplicación del régimen de transición, aplicando el Acuerdo 049 de 1990.

La apoderada de Porvenir S.A., por su parte, indicó que tratándose de la ineficacia de la afiliación, en el caso de los pensionados, se debe tener en cuenta la sentencia SL 373 del 2021, argumentando, además, que la decisión del actor de trasladarse, la tomó de manera libre y voluntaria, reiterando la petición de no trasladar las comisiones de administración, las primas de reaseguros de Fogafín, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia y los aportes al fondo de garantía mínima, agregando que resulta improcedente condenar en costas a su representada, ya que su actuar fue de buena fe.

Finalmente, el apoderado de Colpensiones, hace referencia a la teoría de la carga dinámica de la prueba, para indicar que en este caso no había lugar a declarar la ineficacia del traslado realizado por el actor, citando de igual forma la sentencia SL 373 del 2021, por cuanto el actor tiene el estatus de pensionado, considerando inviable la declaratoria de la ineficacia, al tener una situación jurídica consolidada. Finaliza solicitando que, en caso de confirmarse el proveído recurrido, se deben devolver todos los dineros depositados en la cuenta del hoy reclamante, tales como cuotas de administración, rendimientos, utilidades, entre otros.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

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

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

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

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

- Que el señor Gabriel Eulises Betancur nació el 4 de abril de 1952, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el documento 02. *Demanda Anexos.pdf folio 134* 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 Colpatria hoy Porvenir S.A., el 20 de mayo de 1998, con fecha de efectividad el 1º de julio de 1998; a ING hoy Protección S.A. el 13 de enero del 2000, con fecha de efectividad el 1º de marzo del 2000;

a Colpensiones el 22 de julio del 2002, con fecha de efectividad el 1° de septiembre del 2002, información que se extrae de los formularios de afiliación y del certificado del SIAFP, obrantes en el documento *13. Contestación Porvenir.pdf folios 36 a 38* del plenario y retornó a Colpensiones dentro de la oportunidad legal.

- Que por Resolución GNR 244968 del 2 de octubre del 2013 Colpensiones le reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 4 de abril del 2012, en cuantía de \$801.642, en aplicación de la Ley 797 del 2003, tal y como se desprende del documento *02. Demanda Anexos.pdf folios 216 a 223* del plenario.

- Que por Resolución SUB 75370 del 21 de marzo del 2018, se le negó al actor la solicitud de reliquidación de la pensión – ver documento *02. Demanda Anexos.pdf folios 228 a 233* del plenario-.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta proferida en el presente proceso por el señor Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por Colpatria hoy Porvenir, efectuado por el demandante, el 1° de julio de 1998, con su posterior movilidad a ING hoy Protección S.A. el 1° de marzo del 2000?

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

¿Si tiene derecho el demandante a la reliquidación de la pensión por parte de Colpensiones, bajo las reglas del régimen de transición

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto de traslado por incumplimiento del deber de información, (ii) como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, iii) el demandante no perdió el régimen de transición como consecuencia del traslado ineficaz y por lo tanto en la sentencia debe ser REVOCADA PARCIALMENTE en el numeral tercero, para ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, así mismo se ADICIONA el citado numeral, a fin de ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima, descontados en vigencia de la afiliación del actor a cada entidad, advirtiendo que los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán trasladarse debidamente indexados, CONFIRMÁNDOLA en lo demás.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

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

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

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° 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 Gabriel Eulises Betancur, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 20 de mayo de 1998, con fecha de efectividad el 1º de julio de 1998; a ING hoy Protección S.A. el 13 de enero del 2000, con fecha de efectividad el 1º de marzo del 2000; a Colpensiones el 22 de julio del 2002, con fecha de

efectividad el 1º de septiembre del 2002, información que se extrae de los formularios de afiliación y del certificado del SIAFP, obrantes en el documento *13. Contestación Porvenir.pdf folios 36 a 38* del plenario, no obstante, los formularios de afiliación no dan cuenta de la información que fue brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado” (sentencia SL3871 de 2021);* por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó, respecto al traslado a Colpatria, que no le dieron ningún tipo de asesoría, le dijeron que con ellos tendrían mejores garantías y mejor calidad de vida, que tendrían una mejor pensión; luego se trasladó a ING pero lo hizo por ignorancia, por desconocimiento; no fue presionado para firmar los formularios de afiliación; retorna a Colpensiones porque tuvo una asesoría por parte del sindicato de la empresa, quienes les dijeron que tenían que retornar al ISS.

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 completa y 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 Colpatria S.A. hoy 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 Colpatria S.A. hoy Porvenir 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, precisando que no puede declararse la imposibilidad de traslado de la accionante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, en tanto que, el retorno de la misma 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 tiene vocación de prosperidad el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de 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 Colpatria hoy Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ING hoy Protección S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del

actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

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

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de 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.”

Similar postura se sostuvo 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 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”.

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 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 que debe reintegrar la AFP, debe ser un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, resulta procedente la condena por este concepto, se ordenará la indexación de las referidas sumas.

En lo atinente a la solicitud planteada por la apoderada de Porvenir S.A. en sus alegatos de conclusión, consistente en no condenar en costas a su representada, ya que la misma obró de buena fe, se debe indicar que la misma es una consecuencia procesal en virtud de haber sido vencida en juicio, lo cual sucedió en este caso, por lo que su condena se mantendrá.

Así las cosas, la orden de traslado impartida por el fallador primario, no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo que deberá REVOCARSE PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia, para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, así mismo se habrá de ADICIONAR el citado numeral para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima, descontados en vigencia de la afiliación a cada entidad, advirtiendo que los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán trasladarse debidamente indexados.

De la aplicación de la sentencia SL373 de 2020

En respuesta al argumento de los alzadistas en torno a la improcedencia de la ineficacia del traslado pensional, dado el estatus de pensionado del demandante, conforme a la sentencia SL373 de 2020, baste señalar que el sublite descansa sobre supuestos fácticos distintos entratándose de un pensionado del Régimen de Primera Media, respecto a quienes la ineficacia no apareja el traslado de régimen sino la recuperación del régimen de transición, en esta misma línea argumentativa se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2929 del 18 de mayo de 2022:

“Ahora, la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.”

Del régimen de transición

Al ser declarada la ineficacia de la afiliación a Colpatria hoy Porvenir S.A. y a ING hoy Protección S.A., no tiene aplicación el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece la pérdida del régimen de transición para aquellos afiliados que efectúen un traslado al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, razón por la cual el demandante conserva el régimen de transición.

Atendiendo al grado jurisdiccional de consulta en el que se conoce en favor de Colpensiones, se tiene como, tal y como lo indicó el a quo, el accionante

cuenta con más de 750 semanas, exactamente 1179.43 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005.

En este caso se debe hacer precisión en que no es objeto de disenso por la parte demandante, la norma que le fue aplicada por el a quo, para reliquidar su pensión, al conservar el mismo el régimen de transición, que lo fue la Ley 71 de 1988, por lo que no se hace necesario entrar a analizar la posibilidad de aplicar el Decreto 758 de 1990 aprobatorio el Acuerdo 049 del mismo año, que fue la otra norma que se solicitó se aplicara en las pretensiones de la demanda.

En cuanto al IBL, el mismo tampoco se encuentra en discusión, solicitando la parte actora se trabaje con el que fue establecido por Colpensiones, al momento de reconocerle la pensión de vejez en el año 2012, que lo fue de \$1.188.498, al que, al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, arroja una mesada de \$891.373, tal y como lo estableció el a quo, encontrando que la mesada reconocida por la entidad, para dicha calenda, fue de \$801.642 y realizadas las operaciones de rigor, se encuentra coincidencia en los valores retroactivos liquidados en primera instancia.

En cuanto a la prescripción, en este caso alcanzó a operar la misma, en los términos establecidos por el a quo, atendiendo a que solo el 11 de febrero del 2021, se solicitó lo hoy pretendido a Colpensiones, motivo por el cual opera la prescripción de la reliquidación de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de febrero del 2018.

Sobre el reconocimiento de la indexación de la diferencia pensional reconocida, se considera que dicha condena resulta procedente, ya que constituye un factor que compensa la pérdida de valor real de los dineros que en su oportunidad debieron pagarse, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto, la misma que deberá de liquidarse desde el momento en que se causó cada reajuste pensional y hasta el pago efectivo de la obligación.

Costas en esta instancia a cargo de 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.- DECISIÓN

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 PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral de Circuito de Medellín, el 17 de agosto de 2022, en el proceso ordinario instaurado por el señor GABRIEL EULISES BETANCUR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para en su lugar ORDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, así mismo se **ADICIONA** el citado numeral, a fin de ORDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima, descontados en vigencia de la afiliación del actor a cada entidad, advirtiéndole que los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán trasladarse debidamente indexados.

2.- Se **CONFIRMA** en lo demás la sentencia de primera instancia

3.- Costas en esta instancia a cargo de 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 MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma esgrimada por salubridad pública
(Art. 11 Lcto 491 de 2020)


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado