



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

Proceso: Ordinario Laboral Primera Instancia
Radicación: 05001-31-05-008-2018-00692-01
Demandante: Luz Miryam Gaviria Sánchez
Demandado: Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
Asunto: Apelación y Consulta Sentencia
Procedencia: Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín
Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: INEFICACIA AFILIACION AL RAIS

Medellín, trece (13) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín el 22 de enero del año en curso, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora LUZ MIRYAM GAVIRIA SÁNCHEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Radicado 05001-31-05-008-2018-0069201.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora LUZ MIRYAM GAVIRIA SÁNCHEZ, instauró ante los Juzgados Laborales del Circuito de Medellín, demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se decrete la nulidad y/o ineficacia de su afiliación a Protección S.A.; en consecuencia, se le condene a devolver a Colpensiones, el capital aportado durante la afiliación, incluyendo los rendimientos y los gastos de administración, ordenándose la reactivación de su afiliación a Colpensiones.

Como sustento de los anteriores pedimentos, se adujo, en resumen, que la demandante se afilió al ISS el 7 de septiembre de 1981, que en el mes de diciembre de 1995 y producto de una pésima asesoría, la actora se trasladó a Porvenir S.A. y que en mayo del año 2002, se trasladó a Protección S.A.

Se indicó, que la demandante fue inducida en error por parte de los asesores de Protección S.A, que efectuó el traslado de régimen motivada en que se pensionaría antes de cumplir la edad exigida, que la mesada pensional sería mayor, que el ISS se iba acabar y que el reconocimiento de la pensión sería más expedito, adicionalmente, refirió la actora que los vendedores de Porvenir S.A., omitieron darle información respecto a la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que la misma estaba condicionada a un capital, no se le informó que el cálculo del IBL, estaría condicionado a su edad, la de su cónyuge e hijos y que no se le informó que las pérdidas de los fondos en el mercado se verían reflejados de manera negativa en su cuenta de ahorro individual.

1.2.- CONTESTACIÓN

COLPENSIONES dio respuesta al libelo introductorio, oponiéndose a las pretensiones, de los hechos, admite como cierta la afiliación de la actora a

Porvenir S.A. y su posterior traslado a Protección S.A., afirmando que no le constan las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las asesorías a la demandante, así como tampoco las motivaciones que tuvo para el traslado de régimen.

En su defensa propuso las excepciones de imposibilidad de traslado de régimen; improcedencia de la declaratoria de ineficacia o invalidez del traslado; devolución de cuotas de administración; prescripción; equivalencia del ahorro e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, PORVENIR S.A., se pronunció frente a la demanda, oponiéndose igualmente a las pretensiones, refirió que no le consta la afiliación de la actora al ISS, así como tampoco el traslado de la misma a Protección S.A., por cuanto son hechos fácticos frente a terceros ajenos a la AFP e indicó que no es cierto que a la actora se le brindó una pésima asesoría, en primer lugar por cuanto no se aporta prueba que acredite la mala información sufrida por parte de la entidad, no se demuestra que Porvenir S.A., haya sido renuente a suministrarle información, por el contrario, solo se prueba que la accionante jamás hizo uso de los canales de comunicación con los que cuenta Porvenir S.A., para resolver sus dudas y aclarar inquietudes y en segundo lugar, el personal de la administradora se encuentra plenamente capacitado para suministrar al potencial afiliado las bondades sobre las cuales se sustenta el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y así mismo, puede determinar bajo un análisis detallado la conveniencia o no para el usuario.

En su defensa formuló las excepciones de prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y la excepción genérica o innominada.

Finalmente, PROTECCIÓN S.A., refirió que es cierto que la demandante se trasladó a Protección S.A., el 15 de marzo de 2002, que no le consta la afiliación de la actora al ISS, señalando que no es cierto lo afirmado en relación con el

traslado de la accionante a Protección S.A., toda vez que la misma fue asesorada en forma responsable, diligente y suficiente por parte del ejecutivo de Protección S.A., quien la orientó con claridad del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la forma como se constituye la pensión y las implicaciones de la afiliación, por lo que no es cierto que se haya inducido en error a la accionante.

Con el fin de enervar las pretensiones, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la excepción innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante sentencia proferida el veintidós (22) de enero del año en curso, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante a Porvenir S.A., así como del posterior traslado entre administradoras del mismo régimen, ordenando a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos, ordenando a Colpensiones recibir dichos aportes y finalmente, condenó en costas a Protección S.A.

1.4. RECURSOS

Protección S.A.

El apoderado de Protección S.A., interpone recurso de apelación por medio del cual solicita a esta Corporación, se revoque la sentencia solamente en lo relativo a la condena concerniente a trasladar a Colpensiones la comisión de administración que se sufragó durante la afiliación de la demandante, señalando que dicha orden se traduce en un perjuicio para Protección S.A., toda vez que la entidad administró de manera diligente los recursos de la demandante, refiriendo que

incluso gracias a las gestiones efectuadas por Protección S.A., su cuenta de ahorro incrementó, generándose como consecuencia de ello unos rendimientos financieros, pues tal y como se demostró al momento de contestar la demanda, los rendimientos generados equivalen en este momento a \$288.071.553, representando más del doble de los aportes efectuados por la demandante que actualmente equivalen a \$113.167.541, por lo tanto dichos descuentos se realizaron conforme a la Ley y como contraprestación de la buena gestión de administración que realizó Protección S.A.

Así mismo, sostuvo, que, recientemente la Superintendencia de Colombia se pronunció sobre el tema mediante concepto del 15 de enero de 2020, emitido por la delegatura para pensiones, indicando que al declararse la ineficacia o nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad solo procedería el traslado de los saldos acreditados en las cuentas de ahorro individual, incluyendo los respectivos rendimientos, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, más no procedería el traslado de los gastos de administración, ni las cuotas destinadas al seguro previsional, respecto de los primeros la razones por las cuales no procede el traslado se debe a que los fondos de pensiones realizaron de manera diligente unas gestiones de administración que dieron lugar a que se generaran unos rendimientos financieros, que se repite en el caso representan más del doble de los aportes efectuados.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de la oportunidad procesal para formular alegatos de conclusión se pronunciaron los señores apoderados de Protección S.A. y Colpensiones. La entidad pública solicitó se revoque la sentencia, absolviendo a COLPENSIONES de todas las condenas contenidas en la misma, argumentando que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 y no probó la existencia del vicio de consentimiento alegado. De otro lado, Protección S.A., reitera los argumentos del recurso de apelación, llamando la atención del Tribunal en lo concerniente a que no procede en este

caso concreto, la devolución de la comisión de administración, las primas descontadas para financiar los seguros de invalidez y sobrevivientes.

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 lo resuelto de más; 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 favor de Colpensiones, 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 Luz Miryam Gaviria Sánchez, nació el 14 de noviembre de 1965 (véase folio 14)

-Que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A., el 24 de noviembre

del año 1995, con fecha de efectividad del 01 de diciembre de la misma anualidad. Posteriormente se trasladó a Protección S.A., el 15 de marzo del año 2002, con fecha de efectividad del 01 de mayo de la misma anualidad. (véase folios 15, 16 y 117).

- Que la señora Luz Miryam Gaviria Sánchez, ha cotizado un total de 1360.14 semanas en su vida laboral, conforme al consolidado de historia laboral generado por Protección S.A., el 29 de enero de 2019 obrante a folios 120.

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 Octava Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., efectuado por la demandante?

¿Debe ordenarse a Protección S.A., trasladar a Colpensiones las cuotas de administración o comisiones por administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima?

2.4. TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado y por lo tanto debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, en consecuencia, la sentencia debe ser ADICIONADA en el numeral segundo, para ordenar a Protección S.A., trasladar a Colpensiones el valor de los aportes al Fondo de

Garantía Mínima, igualmente, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los aportes al Fondo de Garantía Mínima, las cuotas de administración y las cuotas de Seguros Previsionales, descontados durante la vigencia de la afiliación de la demandante a dicha entidad, CONFIRMANDO la decisión en lo demás.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

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

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

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110 %

del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”*

A su vez el artículo 271 ibídem 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^{<1>} 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:

Sentencia	Línea Jurisprudencial
SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA Se produce la nulidad del traslado de régimen pensional por incumplimiento del deber de información, es insuficiente el formulario de vinculación para acreditar el consentimiento informado Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre de 2011 de instancia.	CONFIRMATORIA
SL, SL12136 Rad 46292 del 03 de septiembre de 2014	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de traslado, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

SL 19447(47125) del 27 de septiembre de 2017	Debe acreditarse el cumplimiento del deber de información encontrándose o no la persona bajo en el régimen de transición.
SL 17595-2017 (46922) del 18 de octubre de 2017	CONFIRMATORIA
SL413 (52704) del 21 de febrero de 2018	CONFIRMATORIA La afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	CONFIRMATORIA Las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, quien debe probar la diligencia y cuidado es el Fondo de Pensiones, quien estaba obligado a emplearla.
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	CONFIRMATORIA Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	ACLARATORIA El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible. No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del precedente.
SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	CONFIRMATORIA –
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA- Imprescriptibilidad de la Acción La información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia debe ser evaluada respecto a la asesoría inicial, sin que se produzca su saneamiento en virtud de las reasesorías posteriores
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA-

SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.
--	---

A ella se suman sentencias de las distintas Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como: SL782 del 14 de marzo de 2018, SL 3496 del 22 de agosto de 2018, SL361 del 13 de febrero de 2019, SL4933 del 30 de octubre de 2019, SL4937 del 13 de noviembre de 2019, SL5144 del 20 de noviembre de 2019, SL373 del 12 de febrero de 2020, SL600 del 25 de febrero de 2020, SL881 del 10 de marzo de 2020 y SL985 del 18 de marzo de 2020.

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 demandante a través de la AFP Porvenir S.A., el 24 de noviembre del año 1995, con fecha de efectividad del 01 de diciembre de la misma anualidad, conforme al formulario de vinculación obrante a folio 15 del plenario, igualmente se estableció que la accionante se trasladó de Porvenir S.A., a Protección S.A., el 15 de marzo del año 2002, con fecha de efectividad del 01 de mayo de la misma anualidad, tal y como da cuenta el formulario visible a folio 16, no obstante, los mismos no dan cuenta de información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

“La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado –(sentencia SL1688 de 2019); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.

Aunado a lo anterior, no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que inicialmente Porvenir S.A, cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones de su traslado, aunado a ello, tampoco se encuentra acreditado el cumplimiento de dicho deber por parte de Protección S.A.

No se deriva prueba de confesión del interrogatorio de parte rendido por la demandante, toda vez que la misma fue reiterativa en indicar que no recibió asesoría por parte de Porvenir S.A., ni de Protección S.A., refirió que para el momento del traslado a Porvenir S.A., no le informaron las modalidades para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que el vendedor de Porvenir S.A, les explicó las ventajas que tenía cambiarse del ISS a un fondo privado, que simplemente le explicaron que la realidad que estaban viviendo en ese momento era que el Seguro Social se iba a acabar y que les estaban permitiendo el traslado a un fondo privado, que no le hablaron del saldo que debía tener en la cuenta de ahorro, que la preocupación en ese momento era tener una buena pensión, manifestando que si bien es cierto, firmó el formulario de afiliación voluntariamente, si había una presión psicológica de que tenía que garantizar tener una pensión en el futuro. Respecto de la afiliación a Protección S.A., manifestó que trabajaba en una compañía a la cual iban los representantes de los fondos privados y decían que tenían un portafolio más completo, que se podía hacer un ahorro voluntario, que era un ahorro que le permitiría comprar una vivienda y es fue la motivación para trasladarse a Protección S.A., afirmando respecto de ambas afiliaciones, que no le hablaron de desventajas, no le hablaron

de rendimientos financieros, no le explicaron que pasaría con el tiempo cotizado al ISS, que no le hablaron de los requisitos para acceder a la pensión, ni del derecho de retracto y que no le hicieron reasesoría.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindaron Porvenir S.A y Protección S.A., a la demandante, no es posible una decisión distinta a la que adoptó el funcionario de primer grado.

Traslado de gastos de administración

Encuentran sustento jurídico las condenas impuestas a Colpensiones de validar la afiliación de la demandante y recibir los dineros que deben ser trasladados por Protección S.A, advirtiéndose en este punto bajo la égida de la consulta, que Porvenir S.A., también deberá trasladar a Colpensiones los aportes al Fondo de Garantía Mínima, por cuanto la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, esto es, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado los gastos de administración, las cuotas por seguros previsionales no los referidos 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, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad el recurso de alzada presentado por el apoderado 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 Porvenir S.A., ni de Protección S.A., más aun teniendo en cuenta, que fue Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Protección S.A., la entidad en

la cual se encuentra vigente la afiliación de la accionante, 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 del Fondo, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, según lo previsto en el 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 igualmente 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 bien, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación, generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación también deben ser trasladados, advirtiendo que con ello no se afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora, en tanto estos valores al no estar dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser asumidos directamente por la A.F.P.

En suma, la devolución debe ser entendida como consecuencia de la sanción del acto jurídico cuya responsabilidad es atribuible a la AFP, de ahí que no pueda acogerse los criterios que expone la Superintendencia Financiera en el concepto No. 2019152169-003-000, del día 17 de enero de 2020, invocado por la apoderada de Porvenir en sus alegatos, pues, en este asunto, no se trata de un simple traslado, sino del incumplimiento al deber información que torno ineficaz la vinculación.

Conforme a lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, razón por la cual debe ADICIONARSE el numeral segundo del fallo, para ordenar a Protección S.A., además del traslado de los gastos de administración y las cuotas por seguros previsionales, trasladar también los aportes al Fondo de Garantía Mínima.

En igual sentido, deberá adicionarse, la sentencia a fin de ordenar a Porvenir S.A., el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima, gastos de administración y cuotas de Seguros Previsionales, generados durante la vigencia de la afiliación de la actora a dicha entidad, esto es, del 01 de diciembre de 1995 al 30 de abril del año 2002. Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A

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 2º de la Sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de enero de la presente anualidad, por el Juzgado Octavo Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por la señora LUZ MIRYAM GAVIRIA SÁNCHEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en el sentido de condenar a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar **también** a COLPENSIONES, los aportes al Fondo de Garantía Mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria

mientras estuvo vigente la afiliación. Igualmente, se condena a **PORVENIR S.A.**, a trasladar los aportes al Fondo de Garantía Mínima, las cuotas de administración y las cuotas de Seguros Previsionales, descontados durante la vigencia de la afiliación de la demandante a dicha entidad, esto es, del 01 de diciembre de 1995 al 30 de abril del año 2002.

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



3.- Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A., se fijan agencias en derecho en la suma de \$877.803 pesos M/L

4.- Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen

El fallo anterior queda notificados a las partes por ESTADOS, de conformidad con el Artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

La presente sentencia fue notificada por estado No. 090 fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 14 de julio de 2020.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario