



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-010-2019-00280-01
Demandante:	Margarita de las Mercedes Castaño Santa
Demandado:	Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, enero treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, 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 controvertidos, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, el 26 de septiembre del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora MARGARITA DE LAS MERCEDES CASTAÑO SANTA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

COLPENSIONE y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Radicado 05001-31-05-010-2019-00280-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora MARGARITA DE LAS MERCEDES CASTAÑO SANTA, convocó a juicio a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare que el traslado realizado del Régimen de Prima Media a Porvenir S.A., está viciado de nulidad o ineficacia, por vicios del consentimiento y por haber incurrido Porvenir S.A., en violación al deber objetivo de información, así mismo, se declare que le asiste el derecho a disfrutar del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y al reajuste de la mesada pensional, teniendo en cuenta el 90% del IBL reconocido en la Resolución SUB 187910 de 2017, como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el reajuste pensional, con la respectiva indexación.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso que la señora Margarita de las Mercedes Castaño Santa, nació el 10 de junio de 1957, que en el año 2003 un asesor de Porvenir S.A., se acercó a su lugar de trabajo y le manifestó, insistentemente, que dicho fondo era mucho mejor y que el ISS se iba acabar, razón por la cual la actora se trasladó a esa AFP, sin que se le hubiera brindado una información correcta, sin que le fuera explicado el régimen de transición pensional y las consecuencias del traslado, faltando el fondo privado al deber legal de información.

Se narró que la actora intentó regresar a Colpensiones, presentando acción de tutela, la cual fue conocida por el Juzgado Laboral del Circuito de Envigado,

agencia que tuteló los derechos invocados, posteriormente, solicitó la pensión de vejez a Colpensiones, prestación que le fue negada, por lo que se presentó demanda laboral, a través de la cual se condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión, procediendo la entidad a dar cumplimiento al fallo mediante Resolución SUB 187910 del 6 de septiembre de 2017.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, aceptando como cierta la fecha de nacimiento de la actora, el traslado a Porvenir S.A., que se presentó acción de tutela a través de la cual se ordenó el traslado a Colpensiones, que solicitó la pensión de vejez y que la misma le fue negada, la presentación del proceso ordinario laboral y el reconocimiento de la prestación económica en cumplimiento de la orden judicial, indicando que no le constan los demás hechos de la demanda.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de pagar reajuste alguno; inexistencia de la obligación de aceptar la ineficacia del traslado de la demandante a Colpensiones; ausencia de causa para pedir; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas y compensación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** manifestó que no es cierto lo relacionado con el traslado de la actora al régimen que administra la entidad, toda vez que el asesor de Porvenir S.A, le suministró una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, respecto de las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, conforme a las disposiciones legales vigentes para la época, aceptando como cierto lo referente a la acción de tutela instaurada por la pretensora y finalmente, adujo no contarle las demás afirmaciones de la demanda.

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

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 26 de septiembre del año 2022, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del cambio de sistema pensional realizado por la señora Margarita de las Mercedes Castaño Santa al trasladarse del RPM al RAIS y en consecuencia, declaró que la misma ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia los porcentajes correspondientes a los gastos de administración y primas de seguros previsionales y sobrevivencia, así como lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, correspondiente al periodo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Condenó a Colpensiones a reajustar la pensión de vejez de la actora, aplicándole una tasa de reemplazo del 90% al IBL obtenido, en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme al Decreto 758 de 1990 a partir del 1º de julio de 2012, adeudando a título de retroactivo de los reajustes causados entre el 1º de julio de 2012 y el 31 de agosto de 2022, la suma de \$143.520.554, valor que ha de ser indexado al momento del pago efectivo por Colpensiones y sobre la cual proceden los descuentos en salud, debiendo la entidad continuar reconociendo a partir del 1º de septiembre de 2022 una mesada pensional equivalente a \$4.536.537.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

El apoderado de la administradora interpuso recurso de apelación, indicando que se aparta de la decisión en tanto no puede inculcarse a Porvenir S.A., situaciones relacionadas con la memoria o falta de memoria de la demandante, como lo es no recordar el contenido del formulario de afiliación que ella firmó donde se dejó claro y establecido la prohibición que existía respecto del régimen de transición una vez afiliada a la entidad o criterios como no recordar la asesoría brindada, o si se le preguntó sobre su situación particular.

Manifestó inconformidad respecto a la orden de devolución de los gastos de administración indexados, pues ello desconoce una característica propia y legal del régimen, siendo el efecto de la ineficacia que el acto jurídico no hubiera existido, por lo que no se puede ordenar la devolución de estos emolumentos.

Reparó que se declaró no probada la excepción de prescripción, sin verificar que la naturaleza de los gastos de administración si se afectan por el término trienal de prescripción, ya que son dineros cobrados de tracto sucesivo y como contraprestación a la buena labor que hizo la entidad, debiéndose notar la cantidad de rendimientos generados por parte de Porvenir en esos 9 años de afiliación, desconociendo el principio de las restituciones mutuas y que la prima de seguros, cubrieron una garantía y una póliza, asegura que la entidad siempre cumplió con el deber legal de información, siendo importante resaltar que con la condena se genera un enriquecimiento sin causa en favor de la codemandada, quien en ningún momento administró los dineros, generándose un doble pago al ordenar la indexación, pues los rendimientos generan una actualización de la moneda, solicitando se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad.

Colpensiones

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en tanto que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizada por la demandante goza de plena validez, no siendo posible que se declare la nulidad del traslado. En cuanto a la

solicitud de reliquidación en un monto del 90% por ser beneficiaria del régimen de transición, indicó que la actora al 1° de abril de 1994 tenía 35 años de edad, por lo que inicialmente fue beneficiaria del régimen de transición pensional, pero se trasladó al RAIS y luego volvió al RPM, por lo que debía contar al 1° de abril de 1994 con 750 semanas cotizadas si quería conservar el régimen de transición conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y verificada la historia laboral de la demandante la misma no contaba con el número de semanas para ello y en ese sentido su prestación fue liquidada de conformidad con la sentencia emitida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Medellín.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de las partes. El apoderado de la demandante sostuvo que de lo probado en el proceso queda claro que su representada no recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna al momento de la afiliación a Porvenir S.A., pues no se le explicaron las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, en contravía de la normatividad existente y que ha sido expuesta por los tribunales, citando además como referente la sentencia SL 2929 de 2022, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

El vocero judicial de Colpensiones, refirió que la actora se trasladó al RAIS y posteriormente volvió a Colpensiones, encontrándose incluso por sentencia judicial válidamente vinculada en el Régimen de Prima Media, además, resaltó que la actora tiene la calidad de pensionada, lo que constituye una situación consolidada y un hecho consumado, que impide la declaratoria de ineficacia y que se retrotraigan las cosas al estado anterior, reiterando lo señalado al momento de sustentar el recurso de alzada en relación a la improcedencia del reajuste pensional.

Finalmente, el apoderado de Porvenir S.A., expuso que no hay razón jurídica ni fáctica para declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, reiterando lo señalado en la argumentación del recurso referente a la improcedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración y la afectación de los mismos por efectos de la prescripción.

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 Margarita de las Mercedes Castaño Santa nació el 10 de junio de 1957, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 13 del anexo 02 del expediente digital.
- Que la 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 Porvenir S.A., el 9 de mayo de 2003, con fecha de efectividad el 1º de julio de la misma anualidad, conforme al formulario de vinculación glosado a folio 44 del anexo 02 del expediente digital.
- Que la pretensora retornó a Colpensiones en virtud del cumplimiento al fallo de tutela proferido el 13 de junio de 2012 por el Juzgado Laboral de Envigado, providencia que milita a folios 17 a 29 del anexo 01 del expediente digital.
- Que por Resolución SUB 187910 del 06 de septiembre del 2017 Colpensiones en cumplimiento de un fallo judicial le reconoció la pensión de vejez a la actora a partir del 1º de julio del 2012, en cuantía de \$2.204.707, en aplicación de la Ley 797 del 2003, tal y como se aprecia en el documento obrante a folios 30 a 39 del anexo 02 del expediente digital.

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 Décimo 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, el 9 de mayo de 2003?

¿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, con su respectiva indexación?

¿Si tiene derecho la demandante al reajuste de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, conforme los parámetros del régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1190?

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 de la demandante, iii) la actora no perdió el régimen de transición como consecuencia del traslado ineficaz, razón por la cual hay lugar a ordenar el reajuste de la mesada pensional en la forma solicitada, en consecuencia, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia.

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 de la señora Margarita de las Mercedes Castaño Santa, a través de la AFP Porvenir S.A., el

9 de mayo de 2003, con fecha de efectividad el 1º de julio de la misma anualidad, tal y como se desprende del formulario de vinculación obrante a folio 44 del anexo 02 del expediente digital, no obstante, dicho formulario de afiliación no da 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.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó, respecto al traslado a Provenir S.A., que en mayo de 2003, estaba en la oficina, llegó una asesora de Porvenir, y le dijo a ella y otros compañeros que había una diferencia con el ISS en relación a que los hijos podrían heredar la pensión y que en Porvenir había un ahorro individual, que tenía unos rendimientos y que posiblemente se tendría más capital, refiriendo que no conoció que con el traslado perdería el régimen de transición y que en ningún momento le preguntaron la edad, ni cuando había empezado a cotizar al ISS, refiriendo que en el año 2012 retornó a Colpensiones.

De lo anterior se colige que, si bien la actora 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, especialmente la pérdida del régimen de transición pensional, ni 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 Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, siendo claro, que correspondía a Porvenir S.A., la acreditación del cumplimiento del deber de información, no siendo de recibo los argumentos esbozados por el apoderado de la entidad en la sustentación del recurso de alzada.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Porvenir S.A. a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, tal y como lo declaró el a quo.

Sobre los efectos de la ineficacia

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la pensión de la actora, por lo que tampoco tiene vocación de prosperidad el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A., en relación a la improcedencia de la devolución de los gastos de administración.

Lo anterior, por cuanto no puede afectarse, 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, 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, razón por la cual debe asumir conforme al artículo 963 del Código Civil, aun de su propio patrimonio, las condenas que le fueron impuestas.

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, los cuales ya habían sido trasladados a Colpensiones, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la 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 aborro 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

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 por parte de la AFP, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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.

Finalmente, en relación a la inconformidad presentada por el apoderado de Porvenir S.A., en relación a la prescripción de los gastos de administración, desestima la Sala la procedencia de declarar dicha prescripción, en primer lugar, por cuanto los mismos son un componente de la cotización la cual tiene como fin el financiamiento del riesgo de vejez, sin que tales descuentos puedan escindirse, por lo tanto participan del carácter de imprescriptibles, en segundo lugar, la devolución solo se hace exigible a partir de la declaratoria de ineficacia de la afiliación contenida en la sentencia, razón por la cual no se configura el término prescriptivo. Sobre la imprescriptibilidad en estos asuntos, se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL 2877 (78667) del 29 de julio del 2020, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Así las cosas, la orden de traslado impartida por el fallador primario, se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo que deberá confirmarse la sentencia en este punto.

De la aplicación de la sentencia SL373 de 2020

En respuesta al argumento expuesto por el apoderado de Colpensiones en sus alegatos de conclusión en torno a la improcedencia de la ineficacia del traslado pensional, dado el estatus de pensionada del demandante, conforme a la sentencia SL373 de 2020, baste señalar que el sublite descansa sobre supuestos

fácticos distintos entratándose de una pensionada 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 de la actora a Porvenir 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 la demandante conserva el régimen de transición, por lo que no tiene vocación de prosperidad el recurso interpuesto por el apoderado de Colpensiones.

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, la accionante cuenta con más de 750 semanas, exactamente 858.57 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, por lo que conserva el régimen de transición pensional.

Adicionalmente, se tiene que no existe controversia en relación al IBL, mismo que como se extrae de la Resolución SUB 187910 de 2017, correspondió a \$3.447.009, al cual aplicada la tasa de reemplazo del 90%, atendiendo a las 1303 semanas cotizadas por la actora, arroja como valor de la mesada pensional para el año 2012 la suma de \$3.102.308, tal y como lo estableció el a quo, encontrando que la mesada reconocida por la entidad, para dicha calenda, fue de \$2.204.707 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 no alcanzó a operar la misma, teniendo en cuenta, que el acto administrativo que reconoció la prestación económica de la gestora del proceso, fue proferido el 06 de septiembre de 2017, la demandante solicitó a Colpensiones lo hoy pretendido el 07 de marzo de 2019 y la presente acción ordinaria fue radicada el 09 de mayo de 2019.

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 \$1.160.000 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:

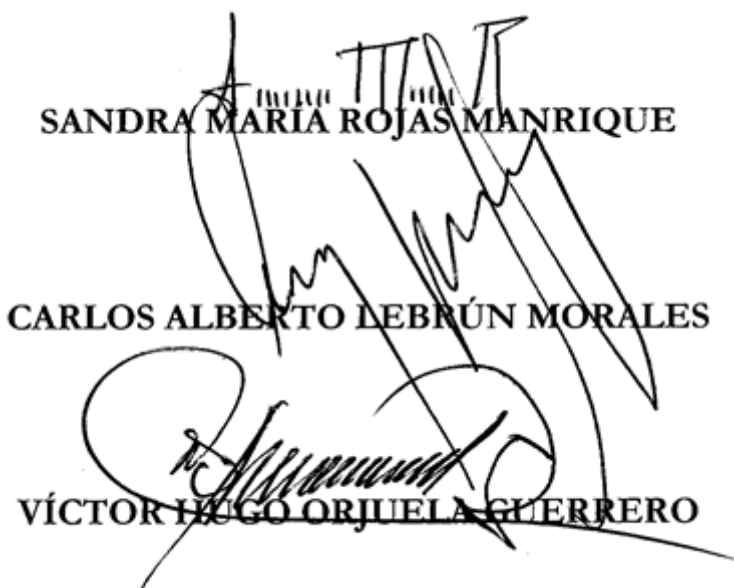
1.- Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Laboral de Circuito de Medellín, el 26 de septiembre de 2022, en el proceso ordinario instaurado por la señora MARGARITA DE LAS MERCEDES CASTAÑO SANTA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

2.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y de Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de ellas.

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

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO