



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-001-2020-00427-01
Demandante: Eliana Moreno Giraldo
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto: Apelación y Consulta
Procedencia: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada: 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 LEBRUN MORALES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 29 de noviembre de 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora ELIANA MORENO GIRALDO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA

DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,
Radicado 05001-31-05-001-2020-00427-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora ELIANA MORENO GIRALDO, convocó a juicio a COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la NULIDAD - INEFICACIA del traslado del Seguro Social, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y consecuentemente: se declare que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES; se ordene el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, de la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual depositados y administrados por la AFP, al igual que la totalidad de los dineros que hayan ingresado por conceptos de cotizaciones obligatorias y voluntarias, sin ningún tipo de deducción; además de los rendimientos financieros del dinero aportado al Régimen de Ahorro Individual y los bonos pensionales a los que haya lugar.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso, en síntesis, que la señora ELIANA MORENO GIRALDO nació el 04 de febrero de 1960, se afilió al sistema general de seguridad social el 20 de abril de 1981; posteriormente, en el año 2000, asesores de PORVENIR le brindaron asesoría afirmándole que en el fondo privado tenía mejores oportunidades para pensionarse antes de la edad requerida en el ISS, esto es, antes de los 57 años y con una mesada pensional superior a la que le reconocería en su momento el Seguro Social, hoy Colpensiones; nunca le informaron que al afiliarse al fondo privado disminuiría el monto de la mesada pensional, pues esta estaría sujeta al reporte de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, y mucho menos que su derecho a percibir una pensión estaría en riesgo, que no le suministraron la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con relación al traslado.

Se agrega que la señora MORENO GIRALDO, ha realizado cotizaciones como empleada dependiente por más de 1.257 semanas durante toda la vida laboral y mediante varias averiguaciones, se dio cuenta de que la información que le habían dado los asesores de PORVENIR no había sido completa, clara, ni concordante con su situación ya que le impusieron la carga de cumplir con un capital establecido por el fondo privado; narra que el 15 de septiembre de 2020 solicitó a PORVENIR la proyección del valor de la mesada pensional última que le informó en el RPM le sería reconocida una mesada pensional por un valor de \$4.253.531 con una tasa de reemplazo del 62% del IBL,; mientras que en el fondo privado la mesada pensional tentativa que le sería reconocida al momento de cumplir los 57 años, sería de \$1.691.189.

1.2.- CONTESTACIÓN

Notificada en debida forma la demanda, **PORVENIR S.A.** procedió a dar respuesta a la misma, oponiéndose a las pretensiones, señalando que el traslado de régimen que efectuó la actora se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose además la debida asesoría, resalta que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010.

En su defensa propuso 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.

COLPENSIONES, dio respuesta al libelo introductorio, manifestando que es cierta la fecha de nacimiento y de afiliación al ISS de la pretensora y que no le constan los demás supuestos fácticos y en oposición a las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de los presupuestos legales para declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen; improcedencia de la afiliación; ausencia de requisitos para trasladarse del Régimen de Ahorro

Individual al Régimen de Prima Media; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media; desconocimiento del precedente judicial; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; prescripción; compensación indexada y buena fe.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 29 de noviembre de 2022, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que solicitara la demandante ELIANA MORENO GIRALDO, el día 6 de abril de 2000, a la AFP PORVENIR S.A., con NIT 800.144.331-3 y representada legalmente por MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ por falta de deber de información., ordenó a COLPENSIONES, tener la demandante válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES que incluye tanto aportes como rendimientos, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales estos porcentajes deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a PORVENIR S.A. y a favor de ELIANA MORENO GIRALDO, y se abstuvo de condenar en costas a COLPENSIONES.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

Interpone recurso de apelación argumentando que no existen razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia de la afiliación pues como lo manifestó la demandante en el interrogatorio su decisión de afiliación fue libre y voluntaria, sin ningún tipo de presión, acepta que los asesores le manifestaron las características propias del RAIS y de ello se infiere que Porvenir cumplió con el deber de información, siendo el formulario de afiliación el único requisito que se exigía. Además, asegura que la demandante contó con múltiples oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media, aceptando que conocía el término que tenía para retornar y su inconformidad está dirigida a la diferencia en el monto de la mesada pensional y no al incumplimiento del deber de información, recordando que a los afiliados también le asiste el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios.

Frente a la condena de trasladar los descuentos por gastos de administración, afirma que ella comporta un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y si lo que se busca con el traslado de estos debidamente indexados es que las cotizaciones no sufran detrimento, ello queda compensado con los rendimientos, sin olvidar que conforme a la teoría de las restituciones mutuas dichos rendimientos no debieron causarse y por ende no deberían trasladarse, comportando una doble condena, enfatiza que estos gastos no operan de manera caprichosa sino por disposición legal, las comisiones de administración se utilizan para generar rendimientos y los seguros previsionales garantizaron los riesgos de invalidez y muerte.

Colpensiones

Solicita se revoque la sentencia, explicando que la ineficacia del traslado es un hecho ajeno a su representada y que la demandante de manera voluntaria decidió trasladarse al RAIS, sumado a que se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003, resultando imposible a Colpensiones dar trámite de manera positiva.

Aduce que no puede trasladarse de manera absoluta la carga de la prueba a las administradoras privadas, pues es sabido que la asesoría se daba de manera verbal y el documento que da cuenta de ella es el formulario que suscribió la demandante, quien indicó en el interrogatorio que la información que le había sido brindada le pareció suficiente y el operador judicial debe tener en cuenta la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS, por más de 15 años. Agrega que en este caso se presentaría un error de derecho que no produce nulidad alguna y no puede generar la ineficacia del traslado, aunado a que la demandante está motivada en un factor económico y no en la esencia del derecho a la seguridad social que es la expectativa pensional que en ningún momento ha sido negada por Porvenir.

Por ultimo indica que se desconoce la estabilidad financiera de Colpensiones pues los dineros trasladados son insuficientes para el financiamiento de la pensión y conforme a la sentencia C1024 de 2004 y SU 062 de 2010, nadie puede beneficiarse de los recursos de otros y el esquema pensional se descapitalizaría, el derecho a trasladarse no es un derecho absoluto, con la decisión se desconoce el derecho a la seguridad social de los demás afiliados y descapitaliza el régimen de prima media, amén de la actitud pasiva que adoptó la demandante.

Depreca que en el caso de confirmar la decisión se ordene el traslado de la totalidad de los conceptos debidamente indexados y se mantenga la absolución de la condena en costas a Colpensiones.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la parte pasiva. Colpensiones llamó la atención en que los Fondos de Pensiones Privados, están en una situación probatoria compleja respecto de los esclarecimientos de los hechos que para el presente caso la señora Eliana alega y solo está goza de una mejor posición de ilustrar,

señalando que la afiliación a la AFP PORVENIR S.A. fue de manera libre, voluntaria espontánea, sin coacción alguna, firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del traslado de régimen, no pudiéndose configurar ningún vicio en el consentimiento de la actora.

Afirma que declarar la ineficacia de la afiliación y con ello ordenar el traslado de los dineros ahorrados, está generando un detrimento al Sistema General de Pensiones dado que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de las AFPs resultan insuficientes para sostener una pensión económica, generando así pánico económico y atentando contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera. No obstante, solicita que de confirmarse la sentencia se ordene a Porvenir S.A. reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v) Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, valores estos que estarán debidamente indexados; conceptos que deberán notificarse debidamente discriminados, por parte de los Fondos Privados y no se condene en costas a Colpensiones.

De otra parte, Porvenir S.A., se pronunció reiterando los argumentos que sustentan la apelación, resaltando que cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo formulario, recibiendo una asesoría sobre las características propias del RAIS, que la actora no cumplió con su deber de diligencia y teniendo la oportunidad de trasladar permaneció en el RAIS.

Puntualiza que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, en ese sentido no es posible que se condene a una indexación de los valores ordenados trasladar, pues el detrimento que sufre el valor económico de los

aportes, y el cual se busca reponer con la indexación se compensaría con el traslado de unos rendimientos, últimos que conforme a la teoría de las restituciones mutuas, nunca debieron existir, iterando que se está imponiendo una condena doble en contra de la entidad, igualmente argumenta que la AFP ha actuado de buena fe y por lo tanto no debe ser condenada en costas.

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 ELIANA MORENO GIRALDO nació el 4 de febrero de 1960, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 15 del anexo *01.Demanda.pdf* del expediente digital.

- Que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A., el 06 de abril de 2000, de conformidad con el formulario de afiliación, obrante a folios 25 del anexo 05 del expediente digital.
- Que la accionante acredita un total de 1257 semanas cotizadas, de acuerdo con la historia laboral generada por Porvenir S.A., el 15 de octubre de 2020, obrante en a folios 32 a 37 de la carpeta 01 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el día 6 de abril de 2000 a través de la AFP Porvenir S.A.?

¿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, debidamente indexados?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información por parte de Porvenir S.A ii) por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante a Colpensiones; en consecuencia, la sentencia debe CONFIRMADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

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

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

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

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos “*la selección de uno cualquiera de los*

regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, entre muchas otras.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la

prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece que la señora ELIANA MORENO GIRALDO se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A., el 06 de abril de 2000, de conformidad con los formularios de afiliación, obrantes a folios 25 del anexo 05 del expediente digital; 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 suple con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual, no es posible atender los argumentos planteados por el apoderado de Porvenir S.A.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma afirmó que es mercaderista y publicista que al momento del traslado trabajaba en el Centro Colombo Americano y llegó un asesor de Porvenir y les dio de manera general la información para pasarse a Porvenir, le explicaron que se podía pensionar a menos edad, que su pensión iba a ser mayor, que el seguro social se iba a terminar y que la pensión era heredable a su única hija, último aspecto que la motivó y también le dio temor de que se acabara el seguro social, después de habiendo cotizado 19 años, se iba a quedar sin pensión, considerando, en ese momento, que Porvenir era una buena opción.

Se sigue de lo anterior, que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con la cual tuvo lugar el cambio de régimen pensional, se efectuó sin que la misma hubiera recibido información completa y adecuada, esto es, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas que podría traerle dicho régimen pensional, conforme a las exigencias legales vigentes para la fecha del traslado.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, que desvirtúe lo afirmado por el accionante, a partir del cual pueda establecerse que en su momento la AFP Colmena hoy Protección S.A., posteriormente a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. y Colfondos S.A., cumplieran con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó la AFP Horizonte 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, resaltando que el hecho de que la actora hubiera realizado traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no tiene incidencia alguna respecto de la declaratoria de ineficacia, pues con ello no se sana los defectos de la afiliación inicial con la cual se configuró el cambio de régimen pensional y así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 3034 de 2021.

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 futura pensión de la actora, por lo que no encuentra vocación de prosperidad en esta instancia el recurso de alzada presentado por los apoderados de Porvenir S.A. y de Protección 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 la AFP Colmena hoy Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Porvenir S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

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

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la pretensora, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

“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”.

Igualmente, en la referenciada sentencia SL2877 de 2020, se pronunció la Alta Corporación, en torno a la procedencia de extender la obligación de devolución a todas las AFP a las cuales haya estado vinculado el afiliado “los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros

términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión.”

Sobre la indexación

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, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impuesta por el a quo, se encuentra ajustada a los anteriores criterios, imponiéndose la confirmación íntegra del fallo.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas.

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Medellín, el 20 de abril de 2022, en el proceso

ordinario instaurado por la señora ELIANA MORENO GIRALDO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva.

2.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 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