



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-001-2021-00028-01
Demandante: Lina María Hoyos Vieira
Demandado: Colpensiones, Protección S.A. 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, marzo catorce (14) 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 los apoderados de 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 19 de enero de 2023, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora LINA MARÍA HOYOS VIEIRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, Radicado 05001-31-05-001-2021-00028-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora LINA MARÍA HOYOS VIEIRA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado realizado del entonces Instituto de los Seguros Sociales, a los fondos privados Protección S.A. y Porvenir S.A; se condene Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, ordenándose a Colpensiones a recibir dichos aportes y autorizar el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

Como fundamento de tales suplicas, se narró que la señora Lina María Hoyos Vieira nació el 15 de marzo de 1966, que inicialmente se afilió al Instituto de Seguros Sociales, trasladándose a Protección S.A., en junio de 1994, cuando un asesor de la entidad le manifestó que afiliarse a ese fondo le traería como beneficio pensionarse con una mesada más alta que la que le reconocería el ISS, además que este desaparecería, posteriormente, el 27 de marzo de 2001 un asesor de Porvenir S.A., le indicó que en esa entidad se pensionaría con mejores garantías, por lo que realizó la afiliación y finalmente, el 11 de diciembre de 2006, la actora fue abordada por un asesor de Protección S.A, quien nuevamente la convenció de volver a ese fondo.

Se expuso que Protección S.A. y Porvenir S.A., no cumplieron con la obligación de brindar una asesoría personalizada a la demandante, ni suministraron información adecuada, suficiente, clara comprensible y cierta, sobre las ventajas y desventajas del traslado, por lo que la hicieron incurrir en un error al momento de afiliarse.

1.2.- CONTESTACIÓN

Efectuadas las diligencias de notificación y traslado, las entidades accionadas procedieron a dar respuesta a la demanda, en los siguientes términos:

COLPENSIONES, aceptó como cierta la fecha de nacimiento de la actora y la afiliación al ISS, señalando no constarle los demás hechos, por ser ajenos a la entidad y desconocer los pormenores de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los mismos. En defensa de los intereses de la entidad se formularon las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del traslado de régimen; inexistencia de ineficacia del traslado; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Colfondos S.A. 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; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; devolución de aportes debidamente discriminados; buena fe; prescripción; compensación; innominada o genérica e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.**, admitió como cierta la fecha de nacimiento de la pretensora, señaló no constarle la afiliación de la misma al ISS y a Porvenir S.A., y expresó que no es cierto lo narrado respecto de la

vinculación a Protección S.A., por cuanto los asesores de la entidad son permanentemente capacitados a fin de que, al momento de la afiliación, puedan suministrar toda la información y asesoría completa a sus clientes, y en ese sentido, a la demandante se le brindó información clara, cierta y veraz, atendiendo a su situación particular, exponiéndose las características del Régimen de Ahorro Individual en comparación con el Régimen de Prima Media.

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

Finalmente, **PORVENIR S.A.** manifestó que no es cierto lo relativo a la afiliación de la accionante a dicha administradora, ateniéndose al formulario de afiliación, en el cual se evidencia la libre escogencia del Régimen de Ahorro Individual, después de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características, funcionamiento del régimen y las implicaciones del traslado, conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

Para enervar el éxito de las pretensiones propuso las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la excepción genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 19 de enero de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la demandante, del día 26 de mayo de 1994 a la AFP Protección S.A., quedando consecuentemente sin efecto el traslado surtido con la AFP Porvenir S.A. y el posterior traslado a Protección S.A., ordenó a Colpensiones, tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y homologar las semanas cotizadas por esta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta; ordenó a Protección S.A. trasladar en un término máximo de 30 días, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, estos tres conceptos debidamente indexados; ordenó a Porvenir S.A., trasladar en el mismo término a Colpensiones, los porcentajes descontados a la demandante, durante su vinculación a dicha AFP, para cuotas de administración, garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a Protección S.A., y Porvenir S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

Interpone recurso de apelación, reiterando que la actora al momento de afiliarse con Porvenir S.A era una persona con total capacidad, para adquirir obligaciones y al haber suscrito el formulario de afiliación, tenía conocimientos que le ayudaron a tomar la decisión de afiliarse con Porvenir S.A., adicionalmente, para el año 2004 todos los fondos de pensión realizaron una

publicación en el diario el Tiempo a través del cual informaban a los afiliados que podían trasladarse de régimen, en virtud del periodo de gracia que trajo consigo la Ley 797 de 2003.

Sostuvo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado conforme al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo que no se comparte la decisión de la juzgadora en esta primera instancia de declarar la ineficacia, ni los efectos jurídicos que se le dan a la misma, como quiera que a la demandante también le asistió el deber de estar informada, y de cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, teniendo la obligación de indagar sobre las características y las restricciones al querer trasladarse de régimen y posteriormente efectuar el traslado horizontal a Porvenir S.A.

Resaltó que la demandante indicó en su interrogatorio, que su motivación principal es por la diferencia en la mesada pensional, además la demandante estando afiliada a Porvenir S.A., decidió efectuar un traslado horizontal a Protección S.A, motivo por el cual se trasladaron todos los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual, debiéndose tener presente que el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, indica cuáles son los dineros que deben trasladarse cuando existe un cambio o una afiliación, siendo el saldo de la cuenta individual, incluido los rendimientos, por lo que Porvenir S.A. cumplió con lo que establece la norma, siendo imposible que se imponga la devolución de los gastos de administración, prima pensional y el porcentaje del fondo de pensión de garantía mínima, cuando el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autoriza efectuar dichos descuentos.

Finalmente, sostuvo que no procede la indexación ordenada, citando como fundamento la sentencia 00161 del 13 de mayo de 2010, teniendo en cuenta que el tiempo en el cual la demandante permaneció afiliada a Porvenir, su cuenta de ahorro individual, no generó pérdidas, no se vio afectada por el

fenómeno de la inflación y por el contrario se garantizó una rentabilidad superior a la mínima establecida por el legislador.

Colpensiones

Solicita se adicione al fallo, en el sentido de ordenar que, al momento de cumplirse la orden impartida, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado del IBC aportes y demás información relevante, que los justifique como ordenó la Corte en sentencia SL4803 de 2021 y SL3710 de 2021.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones. El apoderado de Porvenir S.A. solicita se revoque la providencia de primera instancia, por cuanto no se acreditó un vicio del consentimiento y mucho menos se probó alguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, por lo que el acto jurídico de vinculación es eficaz, adicionalmente, reiteró los argumentos expuestos por la apoderada al momento de interponer el recurso de apelación.

El apoderado de Colpensiones, por su parte, indicó que no se debe permitir en este tipo de procesos, que el afiliado presente una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, considerando que el impacto monetario que acarrea el traslado de régimen, no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, citando para ello, apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 413 del 2018.

Agrega que, en caso de confirmarse la sentencia, se debe trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado, ordenando

de esta manera el traslado de las cuotas de administración indexadas, gastos de administración y aportes al fondo de pensión de garantía mínima.

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 Lina María Hoyos Vieira nació el 15 de mayo de 1966, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el anexo 05 de la carpeta 01 del expediente digital.

- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección S.A., el 26 de mayo de 1994, con fecha de efectividad del 01 de junio de la misma anualidad, posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A., el 27 de marzo de 2001, retornando a Protección S.A., el 11 de diciembre de 2006, de conformidad el certificado de información SIAPF, obrante a folios 38 del anexo 02, carpeta 08 del expediente digital.

- Que la accionante acredita un total de 1240.29 semanas cotizadas, de acuerdo con la historia laboral generada por Protección S.A., el 11 de enero de 2021, obrante en a folios 42 a 55 del anexo 02, carpeta 08 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 26 de mayo de 1994 a través de la AFP Protección S.A. y su posterior movilidad dentro dicho régimen??

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

¿Si es procedente ordenar a las administradoras accionadas que, al momento de cumplirse las ordenes impuestas, informen de manera discriminada los

valores trasladados, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como lo solicita el apoderado de Colpensiones?

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 Protección 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, incluyendo las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y los descuentos por seguros previsionales, estos tres últimos debidamente indexados, en consecuencia, la sentencia debe ser 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; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, 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 jurisdicción 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 Lina María Hoyos Vieira se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de

Protección S.A., el 26 de mayo de 1994, posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A., el 27 de marzo de 2001, retornando a Protección S.A., el 11 de diciembre de 2006, de conformidad el certificado de información SIAPF, obrante a folios 38 del anexo 02, carpeta 08 del expediente digital, resaltando que no obra en el plenario, el formulario de afiliación suscrito en el año 1994, no obstante, se recuerda que los formularios de afiliación no dan cuenta de la información que fue brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual, no es posible atender los argumentos planteados por la apoderada 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 trabajaba en Fabricato y en el año 1994, allá los reunieron, les dijeron que se pasaran a Protección S.A., que se pensionarían con más plata y que el Seguro Social desaparecía, que era mejor estar en el fondo privado, afirmando que no le hablaron del bono pensional, ni qué pasaría con las semanas que tenían en el Seguro Social, tampoco le hablaron de cuenta de ahorro individual, ni de descuentos, refirió que en 2001 cambió de empresa y allá fueron de Porvenir S.A., les explicaron los beneficios de pasarse para Porvenir S.A, que era mejor, que aseguraban más los aportes y que en 2006 como no recibía información de Porvenir S.A., decidió solicitar asesoría en Protección S.A.

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, deber que tampoco se acredita hubiera cumplido Porvenir S.A., resaltando que, el hecho de que la afiliado haya realizado diversos traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, como ocurrió en el presente caso, no comporta a establecer el cumplimiento del deber de información de las administradoras, así como tampoco puede inferirse la voluntad del deseo de permanecer en el régimen pensional o la convalidación de la afiliación, tal y como lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción en sentencias como la SL 4205 de 2022 y en igual sentido, con la publicación aludida del diario el Tiempo en el año 2004, tampoco se subsana las omisiones en que se incurrió al momento del acto de 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 Protección 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, relevando que si bien a la actora también le asiste una obligación de informarse, tal y como lo reseña la apoderada recurrente, dicha obligación no releva al fondo de pensiones de cumplir con el deber de información, por lo que tampoco se acoge el argumento de la apelante para buscar la revocatoria del fallo.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó inicialmente, la AFP Protección 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,

sin que sea imposibilidad para ello que la accionante se encuentre inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, como lo refiere la apoderada de Porvenir S.A, en tanto que, el retorno de la misma al Régimen de Prima Media se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Sobre los efectos de la ineficacia

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización 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 en este punto tampoco encuentra vocación de prosperidad el recurso de alzada presentado por la apoderada de Porvenir S.A.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue la AFP Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información, habiéndose presentado afiliación a Porvenir S.A., entre el 1° de mayo de 2001 y el 31 de enero de 2007, y siendo Protección S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, aunado a ello,

tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

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

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

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció 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 cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión.”*

Sobre la indexación

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.

Finalmente, atendiendo el recurso presentado por el apoderado de Colpensiones, encuentra la Sala improcedente adicionar la sentencia, a fin de que Protección S.A. y Porvenir S.A., al momento de cumplir las órdenes impartidas en el presente tramite, discriminen los conceptos trasladados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, resaltando la Sala que ello es inherente a la orden de traslado sin que sea necesario que en el fallo se especifique tal aspecto, pues, en todo caso, las AFP deben trasladar la totalidad de los aportes con sustento en la historia laboral de la demandante.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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 19 de enero del año en curso, en el proceso ordinario instaurado por la señora LINA MARÍA HOYOS VIEIRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE


PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

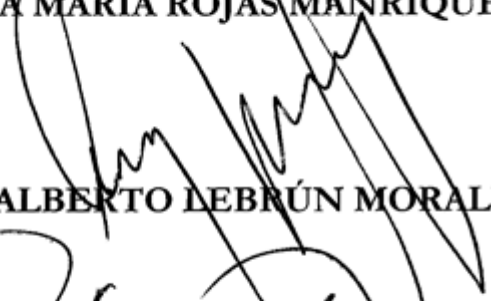
2.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.


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