



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-010-2020-00302-01
Demandante:	Humberto Triana Moreno
Demandado:	Colpensiones, Protección S.A, 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, abril veinticinco (25) 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 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 apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, el 14 de diciembre de 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor HUMBERTO TRIANA MORENO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín

Calle 14 No.48-32. Edificio Horacio Montoya Gil. Medellín -Antioquia

COLPENSIONES, la ADMISNITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de la SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Radicado 05001-31-05-010-2020-00302-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor HUMBERTO TRIANA MORENO, llamó a juicio a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a fin de que se declare nula o ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizada el 1° de septiembre de 1999 a Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., así como la efectuada el 1° de marzo de 2018 a Porvenir S.A., que, como consecuencia de ello, se ordene a Protección S.A. y Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, costos de administración, con todos los frutos e intereses. Igualmente, se ordene a Colpensiones el traslado al Régimen de Prima Media y la actualización de la historia laboral.

Para fundamentar dichas aspiraciones, se narró, en síntesis, que el señor Humberto Triana Moreno, nació el 5 de julio de 1963, que fue afiliado al ISS a partir del 01 de diciembre de 1985 y hasta el 31 de agosto de 1999, que en atención a la publicidad de los fondos privados y la gestión realizada por los promotores, el actor se afilió a Colmena hoy Protección S.A., el 01 de septiembre de 1999, sin que se le hubiera brindado información veraz, pues la oferta consistió en que se lograría pensionar a más temprana edad, con una mesada que podría ser más alta y con el argumento de que el ISS iba a

desaparecer, argumentos que le fueron reiterados por Porvenir S.A, entidad a la cual efectuó afiliación el 01 de marzo de 2018, aduciendo que en ninguna oportunidad se le expuso al accionante las ventajas y desventajas de la afiliación, por lo que no existió un consentimiento informado para que se tomara la decisión de traslado, debido a la falta de información suficiente y veraz, lo que torna nulo el traslado.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, aceptando como cierta la fecha de nacimiento del actor y la afiliación al ISS, aduciendo no le constan los demás hechos de la demanda por tratarse de situaciones que no conciernen a la entidad, además de presentarse enunciados que técnicamente no son hechos.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; ausencia de prueba de engaño, equivocada información y perjuicio padecido; indebida aplicación de la carga probatoria; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones –artículo 48 de la Constitución Política de Colombia adicionado por el artículo 01 del Acto Legislativo 01 de 2005; buena fe; prescripción; inexistencia de la nulidad de traslado de régimen pensional; inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva; innominada o genérica; imposibilidad de condena en costas; compensación; presunción de legalidad de los actos jurídicos.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, replica la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que no es cierto lo narrado en relación a la afiliación a Porvenir S.A., toda vez que la entidad siempre brindó información

clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresó el funcionamiento, características y requisitos del Régimen de Ahorro Individual, las implicaciones del traslado y los requisitos para pensionarse, siendo decisión libre, espontánea e informada del actor afiliarse a la entidad, sosteniendo no constarle los hechos relacionados con Colmena hoy Protección S.A.

En su defensa, presentó las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la excepción genérica.

En igual sentido, **PROTECCIÓN S.A.**, sostuvo que no es cierto que no se hubiera suministrado información veraz al demandate, contrario a ello, se le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado, sin omitir información e indicando claramente las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual y su funcionamiento, aparte de los rasgos diferenciadores del Régimen de Prima Media, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno y otro, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes.

Para contrarrestar el éxito de las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia, por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia mediante fallo proferido el 14 de diciembre de 2022, por medio del cual declaró ineficaz el cambio de régimen pensional realizado por el señor Humberto Triana Moreno al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de contera todas las afiliaciones surtidas dentro del RAIS, declarando que el actor ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y el bono pensional si fue redimido. Igualmente, y con indexación trasladará en el mismo término, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. En igual sentido, condenó a Protección S.A., a que con cargo a sus propios recursos traslade a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante, para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, mientras el actor estuvo afiliado a dicho fondo, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Al momento de cumplirse estas órdenes, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; condenó Colpensiones a recibir de Porvenir S.A. y Protección S.A, los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizada y condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4. RECURSO DE APELACION

Protección S.A.

Interpone recurso en relación a la condena relativa al traslado las cuotas de administración indexadas, teniendo en cuenta que estos descuentos, son legales, exequibles, vigentes y se realizan en ambos regímenes, por lo que de haber permanecido el actor en Colpensiones igualmente se hubieran efectuado dichos descuentos. Igualmente, refirió que estos dineros se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del actor durante el periodo de afiliación.

Sostuvo que es importante tener presente, que, si la consecuencia de la ineficacia es entender que el demandante siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media, la orden lógica debería estar orientada a ordenar el traslado solamente de los aportes, más los rendimientos, a fin de que no se genere un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Asimismo, considera que la indexación genera una doble condena, pues la rentabilidad de los aportes compensa la pérdida adquisitiva del dinero en el tiempo que es el fin de la indexación.

Finalmente, solicita se aplique la prescripción de los dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que la vocación de los mismos, no es financiar la mesada pensional, estos dineros se tratan de obligaciones civiles, de tracto sucesivo, obligaciones que se cumplieron generando la rentabilidad y ha transcurrido el tiempo suficiente para que se genere la misma.

Porvenir S.A.

Presenta recurso frente al numeral segundo de la sentencia, en relación a la orden de traslado de gastos de administración, primas de seguros y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, resaltando que, de imponerse dicha condena, debió condenarse a la parte demandante a la restituir los frutos de su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene

decantado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de restituciones mutuas, pues lo contrario genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de la parte demandante, solicitando se autorice compensar los gastos de administración, primas de seguros y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con los rendimientos financieros generados, los cuales son superiores a los que se hubieran generado en el Régimen de Prima Media.

Respecto de la indexación, conforme a la sentencia SL9316 de 2016, resulta incongruente la condena, como quiera que los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante no se vieron afectados por la devaluación, ni inflación de la economía y por el contrario se generaron rendimientos muy superiores, pues con el traslado de dichos rendimientos se compensa la pérdida del valor de la moneda que se hubiera generado.

Colpensiones

Interpone el recurso de apelación, señalando que el traslado realizado por el demandante es válido, pues el consentimiento fue voluntario, reafirmando su voluntad de pertenecer al régimen con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a la afiliación y además de eso su traslado entre entidades del RAIS, debiéndose negar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta la sentencia radicación 88720 en su salvamento de voto donde se expresa, que como sucede en el caso el demandante, tuvo la posibilidad de retractarse de su decisión de traslado al RAIS y retornar a Colpensiones hasta antes del 2015, pero no lo hizo, decidiendo permanecer en el RAIS, estando garantizado su derecho a la seguridad social.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la procuradora judicial de la parte actora, solicitando, se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que el traslado del demandante fue ineficaz, debido al engaño y a la falta de información suministrada por los fondos de pensiones, instando se tenga presente la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia y el propio guion jurídico de esta Corporación.

Igualmente, se pronunciaron los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones, insistiendo en la revocatoria del fallo, reiterando para ello los argumentos esbozados en la sustentación del recurso de alzada, en relación a la validez de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

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

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

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

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

- Que el señor Humberto Triana Moreno nació el 05 de julio de 1963, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 4 del anexo 03 del expediente digital.
- Que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 20 de septiembre de 1999, con fecha de efectividad del 01 de noviembre de la misma anualidad, trasladándose posteriormente a Porvenir S.A., el 01 de marzo de 2017, conforme a los formularios de vinculación glosados a folio 2 y 3 del anexo 03 del expediente digital.
- Que el pretensor acredita 1375 semanas cotizadas conforme a la historia laboral generada por Porvenir S.A., el 3 de mayo de 2022, visible a folios 88 a 106 del anexo 19 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 Colmena S.A., efectuado

por el demandante el 20 de septiembre de 1999 y la posterior movilidad a Porvenir S.A.?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Protección S.A. y 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 opera la prescripción respecto de los gastos de administración?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto de traslado por incumplimiento del deber de información, (ii) como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, (iii) no se configura la prescripción respecto de los gastos de administración, razón por la cual 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; 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 jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la

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

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional del señor Humberto Triana Moreno, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 20 de septiembre de 1999, así como su posterior movilidad hacia Porvenir S.A., el 01 de marzo de 2018, tal y como se desprende de los formularios de vinculación glosados a folios 2 y 3 del anexo 03 del expediente digital, no obstante, dichos formularios de afiliación no dan cuenta de la información que fue brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó en relación a la afiliación a Protección S.A., en 1999, que se encontraba trabajando en un hotel, la empresa lo afilió al fondo privado aduciendo que el Seguro Social se iba a acabar y que era la mejor elección, señalando que no le dijeron los pro y los contra de la afiliación, simplemente que había que afiliarse porque se iba a acabar el Seguro y en relación al traslado a Porvenir en el año 2018, fue un ofrecimiento que hicieron aduciendo que era mejor, afirmando que en ninguna de las oportunidades le hablaron del derecho de retracto.

De lo anterior se colige que, si bien el actor se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa y adecuada, sin conocer las características, el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las consecuencias del traslado, 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 Colmena S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, deber que tampoco se acredita hubiera sido satisfecha por Porvenir S.A.

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

Sobre los efectos de la ineficacia

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte

completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la pensión del actora.

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 Colmena S.A. 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 activa la afiliación del gestor del proceso, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

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

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de 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.”

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

Prescripción

Finalmente, en cuanto al argumento esbozado por la apoderada de Protección S.A., en torno a la procedencia de aplicar la prescripción respecto de los gastos de administración, precisa esta Sala, en primer lugar que 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 y en tercer lugar, la declaratoria de ineficacia es una pretensión que tiene un carácter declarativo y en tal sentido tampoco opera la prescripción. Sobre esta imprescriptibilidad se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, no siendo posible atender los reparos efectuados por los apoderados de Protección S.A. y Porvenir S.A., por lo que deberá confirmarse la sentencia en este punto.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., 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 14 de diciembre de 2022, en el proceso ordinario instaurado por el señor HUMBERTO TRIANA MORENO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la ADMISNITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de la SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

2.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., 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