



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-023-2019-01170-01
Demandante:	Juan Guillermo Mcewen Ochoa
Demandado:	Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones
Asunto:	Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, mayo tres (03) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO con ausencia justificada y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por la AFP Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por JUAN GUILLERMO MCEWEN OCHOA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,

la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Radicado 05001-31-05-023-2019-01170-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Juan Guillermo Mcewen Ochoa llamó a juicio a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., a fin de que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual; por existir un vicio en el consentimiento, debido a la inadecuada asesoría, que como consecuencia, se entienda sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenándose a Protección S.A., como actual administradora a trasladar de la cuenta de ahorro individual todos los aportes con los correspondientes rendimientos y demás conceptos que se considere a Colpensiones.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso que el señor Juan Guillermo Mcewen Ochoa nació el 30 de junio de 1960, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 9 de marzo de 1984 y que el 1º de julio de 1994, previo a una deficitaria asesoría, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, específicamente a Porvenir S.A., afirmando que dicha entidad faltó al deber de información, incumpliendo con la debida diligencia en el ofrecimiento de los productos y servicios, tras no suministrar información cierta, suficiente, transparente, clara y oportuna sobre las implicaciones del traslado.

Finalmente, se informó que el 1º de junio de 2000, previa solicitud de traslado, el actor se trasladó a Protección S.A., entidad en la cual se encuentra vinculado en la actualidad.

1.2.- CONTESTACIÓN

Al replicar la demanda, **COLPENSIONES** aceptó como cierta, la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado a Porvenir S.A. y la posterior afiliación a Protección S.A., indicando no constarle las demás afirmaciones por corresponder a actuaciones de tercero y por tratarse de valoraciones subjetivas de la parte.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando las excepciones de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado por expresa prohibición legal; imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas; inexistencia de la obligación de conceder pensión de vejez, por ausencia de requisitos legales; petición de lo debido; detrimento patrimonial de los recursos del estado, al admitir el traslado del RAIS al RPM, por vulneración al principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; eventual enriquecimiento sin causa por parte de la AFP Porvenir S.A., frente a la orden de traslado de los recursos de forma incompleta o parcial; inexistencia de la obligación de declarar la nulidad/ineficacia del traslado de régimen pensional; inexistencia de elementos para la declaratoria de la nulidad de traslado de régimen pensional; inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al Régimen de Prima Media, por falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; prescripción laboral y civil; compensación y pago; imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, **PROTECCION S.A.**, refirió que es cierta la fecha de nacimiento del demandante y la vinculación a Protección S.A., afirmando no constare los demás hechos de manera directa por cuando la administradora no tuvo injerencia en los mismos.

En oposición al 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; innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e 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.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** sostuvo que no es cierto lo señalado respecto de la afiliación del accionante a dicha entidad, teniendo en cuenta que la administradora siempre brindó información clara, precisa y suficiente sobre el funcionamiento, características y requisitos del Régimen de Ahorro Individual, mencionando igualmente las implicaciones del traslado y los requisitos para pensionarse, siendo decisión del actor suscribir el formulario de afiliación, lo cual realizó de manera libre, espontánea e informada.

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

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 28 de febrero de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. y consecuentemente a la AFP Protección S.A., realizadas por el demandante, condenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, con sus respectivos rendimientos financieros, cuotas de administración, primas pensionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; igualmente ordenó a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, las primas provisionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima que en su momento hayan sido descontados, debidamente indexados, obligaciones que se deberán cumplir en el término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; ordenó a Colpensiones recibir las sumas antes descritas, convirtiéndolas en semanas efectivamente cotizadas,teniéndolo como afiliado al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad y condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** impetró recurso de apelación, a fin de que se revoque lo pertinente a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos que no se deberían tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión y de forma indexada, señalando que no se puede aplicar el precedente de manera objetiva, ya que es necesario analizar las circunstancias de cada caso, no siendo factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues los mismos también se generan en el Régimen de Prima Media, gastos que no conforman parte integral de los recursos que financian la pensión y por ello están sujetos a la prescripción, resaltando que en el año 2020 la Superintendencia Financiera indicó que en los eventos en que procede la ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros, pues se contó con la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco los gastos de administración, por lo que deberá declararse la prescripción respecto la devolución de estos conceptos.

Frente a la indexación, solicita se tenga en cuenta que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en proceso 2021-00489 indicó que no hay lugar a dicha imposición y que en igual sentido se pronunció el Tribunal Superior de Medellín en proceso 2020-00165, por lo solicita se revoque la condena.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión se pronunciaron los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. La vocera judicial de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que la parte actora no debió beneficiarse de la inversión de la carga de la prueba, pues era necesario que ejerciera un despliegue probatorio atiente a demostrar la insuficiencia de la información, considerando, además, que el demandante es una persona plenamente capaz y que del acto de afiliación no se observan vicios del

consentimiento que puedan dar al traste con el traslado, traslado que pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por su parte, el apoderado de **Porvenir S.A.** solicita la revocatoria íntegra de la sentencia de primer grado, arguyendo que la afiliación de la actora no adolece de nulidad o ineficacia, siendo que cumple los requisitos de existencia y de la esencia del acto jurídico, resaltando que la manifestación del fallador de que no se allegaron pruebas del cumplimiento de los deberes por parte de la entidad, no se ajusta a la realidad proceso, pues se cumplió con la carga procesal impuesta, en la medida en que se aportaron los documentos que se requerían, de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico, sin que se puedan imponer cargas adicionales a la entidad, reiterando, igualmente, los argumentos esbozados al sustentar el recurso de apelación.

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, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

De igual forma procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los puntos que no fueron objeto de alzada, 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 LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Juan Guillermo Mcewen Ochoa nació el 30 de junio de 1960, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 1 del anexo 03 del expediente digital.
- Que el actor se trasladó del Régimen de Prima al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A., el 3 de junio de 1994, con fecha de efectividad del 01 de julio de la misma anualidad, posteriormente, se trasladó a Protección S.A., el 7 de abril del año 2000, de conformidad con los formularios de vinculación glosados a folios 32 y 58 del anexo 03 del expediente digital.
- Que el accionante acredita un total de 1589.71 semanas cotizadas, de acuerdo con la historia laboral generada por Protección S.A., el 31 de marzo de 2020, obrante a folios 76 a 96 del anexo 10 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado por el demandante el 03 de junio de 1994, desde el Régimen de Prima Media hacía el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., adolece de ineficacia?

¿Si como consecuencia de la declaratoria de ineficacia debe ordenarse a Porvenir S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, debidamente indexados?

¿Si opera el fenómeno prescriptivo en relación a los gastos de administración y los seguros previsionales?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecencial, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, debidamente indexados, sin que se vean afectados por la prescripción los gastos de administración o las primas de los seguros previsionales, razón por la cual, la sentencia debe ser CONFIRMADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

La ineficacia de la afiliación

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 la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud 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 de la afiliación inicial o el 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 tiene por establecido el traslado de régimen pensional efectuado por el señor Juan Guillermo Mcewen Ochoa, a través de la AFP Porvenir S.A., el 3 de junio de 1994, con fecha de efectividad del 01 de julio de la misma anualidad, posteriormente, se trasladó a Protección S.A., el 7 de abril del año 2000, de conformidad con los formularios de vinculación obrantes a folios 32 y 58 del anexo 03 del expediente digital, sin embargo, debe recordarse que dichos formularios no dan cuenta de la información 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”* (SL3871-2021); por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a la demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que se afilió a Porvenir S.A. en 1994, que en el lugar donde trabajaba les hicieron una reunión grupal donde les indicaron que básicamente el Seguir Social no tenía futuro, que se iba acabar y que recomendaba que se trasladaran a un fondo privado y que Porvenir S.A., era muy bueno, sin que fuera mayor la información, sin que le informaran que requería un capital mínimo para pensionarse, ni otros requisitos, no se les habló de devolución de saldos, ni de pensión de garantía mínima, tampoco de bono pensional, y finalmente, adujo que se trasladó a Protección S.A., porque un asesor le indicó que la rentabilidad era mejor.

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que la AFP Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor, obligación que tampoco se acredita hubiera sido cumplida por Protección S.A.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Porvenir 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 su afiliación a dicha administradora.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

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 futura pensión del actor.

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 Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Protección S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del 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 las primas de los 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 la AFP demandada 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 ahorro 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 la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Similar postura se sostuvo en la sentencia SL 3034 de 2021:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual S.A, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que el 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”.

Finalmente, cumple memorar que 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 adocinado 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, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad el recurso interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A.

De la Prescripción

Finalmente, en cuanto al argumento esbozado por la apoderada recurrente, en torno a la procedencia de aplicar la prescripción respecto de los gastos de administración y los seguros previsionales, 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.

Finalmente, respecto del concepto emitido por la Superintendencia Financiera, al cual hace referencia la apelante, debe recordarse que la devolución de los

conceptos ordenados debe ser entendida como consecuencia de la sanción del acto jurídico cuya responsabilidad es atribuible a la AFP, de ahí que no pueda acogerse dicho concepto, pues en este asunto, no se trata de un simple traslado, sino del incumplimiento al deber información que torno ineficaz la vinculación.

Se sigue de lo anterior, impartir aprobación a la providencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de alzada interpuesto; se fija como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

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 proferida el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor JUAN GUILLERMO MCEWEN OCHOA 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, en favor de la parte actora, 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

(Sin firma por ausencia justificada)