



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-001-2019-00369-02
Demandante:	Martha Patricia Castañeda Villamizar
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, mayo tres (03) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO con ausencia justificada 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, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 8 de marzo de 2023, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA VILLAMIZAR 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 05001-31-05-001-2019-00369-02.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA VILLAMIZAR, convocó a juicio a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen de pensional, por falta del requisito de forma contemplado en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A., a trasladar el capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, ordenándose a esta última a reactivar la afiliación y actualizar y corregir la historia laboral.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso que la señora Martha Patricia Castañeda Villamizar nació el 8 de diciembre de 1969, que inició su vida laboral efectuando cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales en agosto de 1995, que en diciembre de 1999, un asesor de Protección S.A., visitó al esposo de la actora en la empresa Inversiones Coralco LTDA, en la cual ostentaba la calidad de representante legal, para brindarle una asesoría comercial y lo instaron a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual y a su vez, este instó a su esposa a tomar la misma decisión y trasladarse de régimen pensional, sin recibir ningún tipo de asesoría real, ni información que le permitiera tomar una decisión a conciencia y posteriormente, en mayo de 2002, la accionante se trasladó a Porvenir S.A., nuevamente porque su esposo

se trasladó para esa administradora por cuanto le dijeron que tenía mejores rentabilidades.

1.2.- CONTESTACIÓN

Efectuadas las diligencias de notificación y traslado, **PROTECCIÓN S.A.**, dio respuesta a la demanda, admitiendo como cierta la fecha de nacimiento de la pretensora e indicó que no es cierto lo narrado en relación a la afiliación de la actora a la entidad, pues a la misma se le brindó una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual y su funcionamiento, así como los rasgos diferenciadores del Régimen de Prima Media, por lo que carecen de sustento las afirmaciones plasmadas en la demanda.

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; innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver el 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 e inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa.

Por su parte, **COLPENSIONES**, aceptó como cierta la fecha de nacimiento de la actora y la afiliación al ISS, señalando no constarle los demás hechos, por tratarse de circunstancias fácticas ajenas al conocimiento de la entidad. En defensa de los intereses de la administradora se formularon las excepciones de validez y eficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; inexistencia de nulidad de traslado de fondo pensional; inexistencia de la obligación de

pagar pensión de vejez por falta de legitimación en la causa por pasiva; improcedencia de intereses de mora; improcedencia de la indexación; devolución de las cuotas de administración; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas y compensación.

Mediante auto del 29 de septiembre de 2021, se dio por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 8 de marzo 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 28 de octubre de 1999 a la AFP Protección S.A., quedando consecuentemente sin efecto el traslado entre AFP del mismo régimen surtido con Porvenir 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 Porvenir 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, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos debidamente indexada; ordenó a Protección S.A.; trasladar en el mismo término a Colpensiones, los porcentajes descontados por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Protección S.A., y Porvenir S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

Interpone recurso de apelación contra el numeral tercero de la sentencia en relación a la condena a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y descuentos al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, pues dicha condena es improcedente en tanto que la indexación es incompatible con los rendimientos financieros que también se están ordenando devolver, pues los rendimientos financieros compensaban la depreciación del valor adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado sobre los aportes administrados y teniendo presente que dentro de las obligaciones de la AFP se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorros de la demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario, generaron unos rendimientos financieros, adicionalmente la a quo, no realizó en la parte considerativa un análisis del porque se ordena la indexación de estos recursos y en ese sentido el Tribunal Superior de Distrito de Cundinamarca en el proceso ordinario 2021001101 indicó que los rendimientos son excluyentes con la indexación y así mismo lo consideró el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso 015202100489 y la Sala Primera del Tribunal Superior de Medellín en sentencia de enero de 2023 en el proceso 012202000165.

Colpensiones

Solicita se adicione al fallo, en el sentido de que además de las devoluciones impuestas, se ordene a las AFP demandadas devolver lo concerniente a frutos e intereses y los aportes al fondo de solidaridad pensional causados en la vigencia de la afiliación de la demandante a dichas entidades, debidamente

indexados, a fin de evitar un detrimento económico a Colpensiones frente a un eventual reconocimiento prestacional en favor de la demandante, ello en tanto se requiere que los dineros que se trasladen sean suficientes para soportar el reconocimiento prestacional futuro, además, que los fallos de la Corte Suprema de Justicia, como la sentencia SL 31989 de 2008 y SL 782 de 2021, plantean que no solamente se debe realizar la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual, sino también la devolución de los recursos con sus respectivos rendimientos. Finalmente, solicita se emita orden expresa para las demandadas, en el sentido de que los recursos que se trasladen se encuentren debidamente discriminados con el objeto de que la entidad pueda visualizar los conceptos trasladados.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones. La vocera judicial de Colpensiones, solicita se tenga en cuenta la prohibición de traslado contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que la demandante cuenta con 53 años y se absuelva a la entidad, advirtiéndole que este tipo de litigios desconocen el principio de sostenibilidad financiera del sistema y ponen en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Reiterando igualmente, los argumentos expuestos en la sustanciación del recurso de alzada, a fin de que en caso de que se confirme la decisión, se proceda a adicionar la sentencia, para evitar causar un perjuicio o detrimento económico a Colpensiones.

A su vez, 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, sostuvo que la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, no es acertada, pues si el acto jurídico no existió y el afiliado jamás dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar únicamente la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado y no extender otros efectos, reiterando, además, la improcedencia de la indexación de las condenas impuestas.

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 Martha Patricia Castañeda Villamizar nació el 8 de diciembre de 1969, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 24 del anexo 01, 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 28 de octubre de 1999, con fecha de efectividad del 01 de diciembre de la misma anualidad, conforme al reporte visible a folios 170 del anexo 01, carpeta 01 del expediente digital, estando reconocido que posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A.
- Que la accionante acredita un total de 811 semanas cotizadas, de acuerdo con la historia laboral generada por Porvenir S.A., el 24 de agosto de 2018, obrante en a folios 29 a 32 del anexo 01, carpeta 01 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el día 28 de octubre de 1999 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., 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 Protección S.A. y Porvenir S.A., trasladen también, con destino a Colpensiones los dineros correspondientes a los aportes al fondo de solidaridad pensional que hubieran descontado en vigencia de la afiliación de la demandante a casa entidad?

¿Si procede ordenar a las administradoras accionadas que, al momento de cumplirse las ordenes impuestas, discrimen detalladamente los recursos que trasladen, 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, iii) no siendo procedente emitir ordenes adicionales, 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 Martha Patricia Castañeda Villamizar se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección S.A., el 28 de octubre de 1999 y que posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A., sin que se conozca con certeza la fecha en que se efectuó el traslado, resaltando que no obra en el plenario, copia de ninguno de los formularios de afiliación, no obstante, se recuerda que los mismos en caso de que se hubieran aportados no dan cuenta de la información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma afirmó respecto de la afiliación a Protección S.A., que en el año 1998 empezó a trabajar en Medellín en una empresa que se llamaba como Inversiones Paralco y le dijeron que el Seguro Social estaba mal, que se va acabar y que a todos los que ingresaban a trabajar en el tema de las pensiones entraban a un fondo privado y entró a Protección S.A., afirmando que hubo injerencia de la empresa, que no conocía que los aportes se manejaban en una cuenta de ahorro individual, no la visitó nadie, no hubo información, no le dijeron las diferencias entre un régimen y otro, sosteniendo que simplemente le pasaron un formulario para firmar y que la empresa se encargaba de todo y que no conocía del bono pensional. Manifestó que luego

se fue a trabajar a Bogotá con una empresa que se llamaba Inversiones dentales o algo así y le pasó lo mismo, cuando llegó a allá le dijeron que la instrucción de la empresa es que el fondo era Porvenir S.A., que todas las personas que ingresaban a laborar debían afiliarse a ese fondo y que la empresa se encargaba de todo.

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 o asesoría alguna por parte de Protección S.A., 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 afiliada haya realizado diversos traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, como ocurrió en el presente caso, no comporta 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.

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 se presenta una contradicción en relación a la narrativa planteada en el escrito de demanda respecto de las circunstancias en que se efectuaron las afiliaciones de la pretensora a Protección S.A. y Porvenir

S.A., y lo expuesto por la actora al rendir interrogatorio de parte, lo cierto del caso, es que hay concordancia en el hecho de que no existió asesoría por parte de algún asesor comercial de las administradoras referenciadas, sin que las accionadas acreditaran algo contrario.

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 Colpensiones en sus alegatos, 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.

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 y siendo Porvenir S.A., la entidad en la cual se encuentra activa la afiliación de la demandante, 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

Teniendo en cuenta la inconformidad presentada por el apoderado de Porvenir S.A, en relación a la indexación ordenada, debe señalarse 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, 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 encuentra vocación de prosperidad el recurso de alzada presentado por el apoderado de Porvenir S.A, resaltando que, la falladora de primera instancia, contrario a lo sostenido por el recurrente, si mencionó en sus consideraciones el sustento para ordenar la indexación, enunciando para ello, el acatamiento del precedente jurisprudencial emanado tanto de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como de esta Corporación.

Aportes al fondo de solidaridad pensional

Ahora en cuanto a la inconformidad presentada por la apoderada de Colpensiones, en primer lugar, se indica que llama la atención de la Sala, que la apoderada solicite, se ordene el traslado de los frutos e intereses, cuando resulta claro, que la orden impartida por la a quo, incluye dicho concepto, pues se ordenó la devolución del saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluye los rendimientos abonados.

Ahora en relación a los aportes al fondo de solidaridad pensional, considera la Sala que no es procedente ordenar su devolución, habida cuenta que este fondo no es exclusivo del RAIS, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es “... *una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de*

naturaleza pública” (T-321 de 2019), cuya finalidad es “... subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte [...], hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social [...], y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas” (artículo 26 de la Ley 100 de 1993, C-243 de 2006, T-321 de 2019), por lo que su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del Régimen de Prima Media, por lo que no encuentra vocación de prosperidad el recurso interpuesto por la apoderada de la entidad pública accionada.

En la misma línea, no se accederá a la adicción del fallo en el sentido de ordenar a las accionadas la discriminación detallada de los recursos que trasladen a Colpensiones, pues a juicio de la Sala, 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.

Colofón de lo anterior, se impone la confirmación íntegra del fallo.

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

3.- DECISION

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

FALLA:



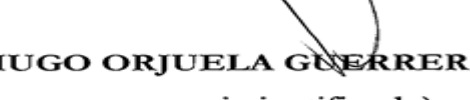
1.- Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Medellín, el 8 de marzo del año en curso, en el proceso ordinario instaurado por la señora MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA VILLAMIZAR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, 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. y Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de ellas.

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

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

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO LEBRÓN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
 (Sin firma por ausencia justificada)