



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-011-2021-00213-01
Demandante: Amalia Mora Cuesta
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, mayo cuatro (04) 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 decidir los recursos de apelación interpuestos por las AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública codemandada, únicamente en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Amalia Mora Cuesta contra la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único N05001-31-05-011-2021-00213-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Amalia Mora Cuesta, llamó a juicio a las AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, declarándose que siempre ha estado afiliada al primero de los regímenes enunciados, y en consecuencia, se ordenen a la AFP Porvenir S.A., a trasladar los aportes en pensiones, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, condenándose a Colpensiones E.I.C.E. a recibir todos los dineros que serán trasladados, e incorporarlos a la historia laboral.

En respaldo de tales pedimentos se expuso que la señora Amalia Mora Cuesta nació el 26 de junio de 1966 y cuenta con 1.361 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., porque un asesor le sugirió que se afiliara aduciéndole tendría una mejor pensión, que se podía pensionar antes de la edad exigida en el Instituto de Seguros Sociales, entidad que por demás se acabaría, sin que le fuera realizado un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaba permanecer o trasladarse de régimen pensional; adicionalmente indicó que no le fueron ilustradas las características de los regímenes pensionales, que no se le brindó información adecuada, suficiente y cierta para el traslado y que no le explicaron el derecho de retracto.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituida, **COLPENSIONES E.I.C.E.** dio respuesta al libelo introductorio, admitiendo como cierta la fecha de nacimiento de la actora y el número de semanas cotizadas, e indicó que no le constaban los demás hechos narrados, porque no estaban referidos a la entidad que representan, desconociéndose las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia del traslado de régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; prescripción; buena fe; innominada o genérica e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** sostuvo que no es cierto lo señalado respecto de la filiación de la actora al Régimen de Ahorro Individual, por cuanto previo a la decisión de la misma de afiliarse a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., recibió la información suficiente, veraz, oportuna y necesaria para que tomara la decisión informada de continuar o trasladarse de régimen pensional, brindándole además asesoría en relación a los regímenes pensionales, sus riesgos, condiciones, ventajas y desventajas.

En oposición al éxito de las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 24 de marzo de 2023, declaró la ineficacia de la vinculación de la señora Amalia Mora Cuesta a Porvenir S.A.; ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar al Régimen de Prima Media los aportes de la demandante, incluyendo las cotizaciones, gastos de administración, con sus frutos e intereses, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima del reaseguro de Fogafin y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha administradora; ordenó a la AFP Porvenir S.A. indexar los dineros a devolver por gastos de administración, esto es, los costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro de Fogafin y los aportes al fondo de solidaridad, sin aplicar equivalencia alguna;

ordenó a Colpensiones E.I.C.E. recibir las sumas trasladadas por la AFP Porvenir S.A., y reactivar la vinculación de la accionante al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** interpuso el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, arguyendo que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual, fue completamente válida y estuvo precedida de una asesoría completa, veraz y oportuna, razón por la cual, no se configuraron los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación.

Sostuvo que aunque no desconoce la línea jurisprudencial sobre el asunto en controversia, el mismo solo no resulta aplicable, toda vez que la demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada, cumpliendo con las cargas que tenían las AFP para la fecha de la vinculación, sin que puedan exigirse obligaciones adicionales y que surgieron con posterioridad.

Por otra parte, indicó que las sumas correspondientes a los gastos de administración consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no deben ser trasladadas, ya que durante el periodo de afiliación las mismas cumplieron con su finalidad, tales como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte y en todo caso fueron debidamente invertidas conforme lo exige la ley, resaltando que la Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado que lo procedente en estos casos deben respetarse las restituciones mutuas y no es procedente el traslado de los gastos de administración y las primas de los seguros.

Reitera que a los fondos se les debe reconocer los gastos de administración que han hecho a favor del afiliado para generar los rendimientos, que no ordenar las restituciones mutuas, ni las contraprestaciones económicas se estaría enriqueciendo sin justa causa al Régimen de Prima Media, beneficiándola por una

administración que no hizo, por ello se aparta de la condena a la devolución de rendimientos y gastos de administración conjuntamente, pues no resulta coherente y si la consecuencia de la ineficacia es que el negocio jurídico no se celebró jamás, se tendrá que los frutos generados por la administración de los recurso, tampoco se habrían generado.

Finalmente, respecto de la condena a la indexación, dijo que la misma no es procedente, dado que el detrimento que sufre el valor de los aportes y que se busca reponer con la indexación, se resarciría con el traslado de los rendimientos, por lo que se estaría imponiendo una doble condena, debiéndose igualmente revocar la condena en costas.

Finalmente, la procuradora judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.** manifestó inconformidad con la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen pensional, como quiera que cuenta con 56 años, es decir, que está a menos de un año de cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, además, no se demostró la existencia de algún vicio que nulitara el traslado, debiendo permanecer incólume la afiliación a la AFP Porvenir S.A.

Sostuvo que no es posible después de tantos años que se pretenda indilgar vicios del consentimiento de manera conveniente, para intentar volver al Régimen de Prima Media, cuando ello no lo hizo en los momentos oportunos, además de que se cumplió con las exigencias normativas vigentes a la época del traslado, sin que se puedan aplicar presupuestos posteriores, cuando las leyes no tienen efectos retroactivos.

Por último, solicita no se condene en costas a Colpensiones E.I.C.E., teniendo en cuenta que es un tercero ajeno a la relación contractual existente entre la demandante y la AFP codemandada, y no tuvo participación o incidencia alguna en el traslado, además que siempre ha actuado de buena fe y ajustada a derecho.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, los apoderados judiciales de Colpensiones E.I.C.E. y la AFP Porvenir S.A., reiteraron los argumentos planteados al momento de sustentar el recurso de alzada; por su parte, el vocero judicial de la señora Amalia Mora Cuesta solicitó se confirme la sentencia de primera instancia arguyendo que a su representada debía habersele brindado la debida información conforme lo dispuesto en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1° del Decreto 663 de 1993, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma, procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los puntos que no fueron objeto del recurso 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 la señora Amalia Mora Cuesta nació el 26 de junio de 1966, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 21 del anexo 02 del expediente digital.

- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con la Solidaridad, a través de la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., el día 04 de junio de 1994, con fecha de efectividad 1° de julio de la misma anualidad, de conformidad con formulario de afiliación obrante a folios 34 del anexo 02 del expediente digital.
- Que la accionante acredita un total de 1.440 semanas cotizadas, de acuerdo con la historia laboral generada por Porvenir S.A., glosada a folios 31 a 45 del anexo 006 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 la demandante el 04 de junio de 1994, desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A.; adolece de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a la AFP Porvenir S.A., además del traslado de los aportes y rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, las primas del seguro previsional, las primas del reaseguro de Fogafin, y los aportes a fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

¿Si es procedente la condena en costas en la primera instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto jurídico de traslado por incumplimiento del deber de información,

(ii) debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, dentro de los cuales no están incluidos las primas del reaseguro Fogafin ni los aportes para el fondo de solidaridad pensional, y (iii) no procede la condena en costas respecto de Colpensiones E.I.C.E., siendo que la misma no tuvo injerencia en la afiliación sobre la que recae la declaratoria de ineficacia; en consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA en sus numerales segundo y tercero y CONFIRMADA en todo lo demás.

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 administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media 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 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.*”

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, 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 la señora Amalia Mora Cuesta del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 04 de junio de 1994, con efectividad a partir del 01 de julio de la misma anualidad, de conformidad con lo indicado en formulario de afiliación obrante a folios 34 del anexo 02 del expediente digital, no obstante, el referido documento no da cuenta de la información 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 suple con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad informada del traslado, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Adicionalmente, del interrogatorio practicado a la demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que el traslado a la AFP Horizonte S.A. en el año 1994 se dio por una visita que les hicieron en ese entonces al Banco Ganadero, que les dieron una asesoría, donde les dijeron que

el fondo al que iban a pertenecer era más organizado, que se podían pensionar antes, y que les daba mejores beneficios y rendimientos; adicionalmente afirmó que no le hablaron de cuenta de ahorro individual, de aportes voluntarios, que no le dijeron cuáles eran los requisitos que debía cumplir para pensionarse y que no sabía que había restricción para regresar a Colpensiones E.I.C.E.

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

Aunado a lo que se viene diciendo, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama la pretensora.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente se brindó 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 su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, sin que sea imposibilidad para ello que la accionante se encuentre inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, como lo refiere la apoderada de Colpensiones E.I.C.E., 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.

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 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, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

Y es que además, no podría afectarse el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, con la disminución de la cotización en favor de la administradora del fondo privado accionada, teniendo en cuenta, que fue quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos financieros generados mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos Privados, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones E.I.C.E., 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, 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.

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 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 SL2877-2020, 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 el demandante en el Régimen de Prima Media. 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 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”.

El reaseguro de Fogafin

Adicionalmente, se advierte el cognoscente de primera instancia ordenó la devolución de las primas del reaseguro el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin, desconociendo que, si bien el artículo 99 de la Ley 100 de 1993 establecía que las administradoras del Régimen de Ahorro Individual debían contar con la garantía de dicho fondo, la misma se constituía con cargo a sus propios recursos, y no con cargo a los aportes efectuados por los afiliados; que la referida obligación fue eliminada a través del artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, aparte normativo en el que, por demás, se dispuso que las reservas existentes se trasladaran al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas; y que el precedente jurisprudencial dictado sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia no refiere la devolución de dicho concepto, razones por las cuales habrá de revocarse en este aspecto la providencia confutada, excluyendo dicho rubro de la condena de traslado dispensada.

El fondo de solidaridad pensional

También ha de precisarse que el *a quo* ordenó el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, descuento sobre el cual estima la Sala no es procedente 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, precisando que al haber sido materia de apelación la devolución de descuentos efectuados sobre las cotizaciones, deberá revocarse la condena impartida en sede de primera instancia sobre dicha partida.

La indexación

De otro lado, 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 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, 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 resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó el *a quo*, no siendo posible atender los argumentos de la apoderada de la AFP Porvenir S.A. en la sustentación del recurso de alzada.

De la condena en costas

Finalmente, en cuanto a la inconformidad planteada respecto de la condena en costas, ha sostenido esta Sala de Decisión que Colpensiones E.I.C.E. es un tercero de buena fe respecto del acto jurídico del cual se predica la ineficacia, debiendo comparecer a este tipo de litigios para atender las pretensiones relativas a la reactivación de la afiliación y recepción de los dineros a trasladar, que corresponden a pretensiones consecuenciales a la ineficacia, razón por la cual no es procedente condenarla en costas, en virtud de ello, se revocará parcialmente la sentencia opugnada, para en su lugar abstenerse de imponer condena en costas a Colpensiones E.I.C.E.

Sin embargo, cumple advertir que la regla antes descrita no se predica para la AFP Porvenir S.A., quien no acreditó haber cumplido con el deber de información que le asistía en el momento en el que la demandante se afilió a la entidad, y porque resultó vencida en juicio, tal y como lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso.

Costas en esta instancia únicamente a cargo de la AFP Porvenir S.A., siendo que el recurso interpuesto por Colpensiones E.I.C.E. alcanzó prosperidad, aunque fuere de forma parcial. Se fijan como agencias en derecho, en favor de la señora Amalia Mora Cuesta, 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 REVOCA PARCIALMENTE el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Once Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Amalia Mora Cuesta contra la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en cuanto dispuso el traslado de las primas del reaseguro Fogafin y los aportes para el fondo de solidaridad pensional, y en su lugar, se absuelve a la AFP Porvenir S.A. de la devolución de dichos conceptos.

2.- Se REVOCA PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia de origen y fecha conocidos, en cuanto gravó en costas a Colpensiones E.I.C.E., y en su lugar, se absuelve a la referida entidad de dicha condena.

3.- Se CONFIRMA en lo demás la providencia confutada.

4.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor de la señora Amalia Mora Cuesta; se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.160.000.

5.- 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)