



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-013-2022-00124-01
Demandante: Milena Ventura Álvarez Jaime
Demandado: AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, agosto cuatro (4) 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 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Protección S.A, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 30 de junio de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora Milena Ventura Álvarez Jaime contra las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-013-2022-00124-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Milena Ventura Álvarez Jaime promovió demanda ordinaria laboral contra Colpensiones E.I.C.E. y las AFP Protección S.A. y "Porvenir S.A, pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual, a través de Protección S.A y posteriormente el efectuado a Porvenir S.A., por existir vicios del consentimiento; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al Régimen de Prima Media, en consecuencia, se condene a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por administración.

En respaldo de tales pedimentos, se indicó, en síntesis, que la señora Milena Ventura Álvarez Jaime nació el 07 de junio de 1966, que inició a cotizar al ISS en febrero de 1994 y hasta abril de 1995, año en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, afiliándose inicialmente a Protección S.A., posteriormente al fondo de pensiones Porvenir S.A., retornando finalmente a Protección S.A., sosteniendo que al momento de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual, la actora no tuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión, que no se tomó en cuenta sus condiciones particulares y no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios de estar afiliada a dicho sistema frente al Régimen de Prima Media.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado legalmente constituido, **PORVENIR S.A.**, dio respuesta a la demanda, señalando que la parte actora no endilga conducta alguna a Porvenir S.A., pues se efectúan manifestaciones de manera genérica, sin precisar que AFP fue la que omitió la debida información, sin embargo, sostiene que Porvenir S.A., al momento de la

vinculación brindó asesoría de conformidad con el ordenamiento jurídico, suministrando información de manera clara, precisa, veraz y suficiente y en dicho sentido no son ciertas las afirmaciones de la demanda en lo que respecta a la afiliación de la accionante, contrario a ello, la decisión de traslado fue libre y voluntaria, conociendo la demandante las reglas pensionales del Régimen de Ahorro Individual.

En oposición a la prosperidad de las pretensiones, formuló las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la excepción genérica.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, asintió la fecha de nacimiento de la actora, el traslado efectuado a dicha entidad y la movilidad referenciada en el Régimen de Ahorro Individual, señalando que no es cierto como se enuncia las circunstancias en que se efectuó la afiliación, pues todos los asesores de Protección S.A., son permanentemente capacitados a fin de que al momento de la afiliación puedan suministrar toda la información y asesoría completa, razón por la cual Protección S.A., a través de un promotor le brindó información clara, cierta y veraz, estudiándose su caso particular, se le explicó todo lo concerniente a su futuro pensional y se le explicaron las características tanto del Régimen de Ahorro Individual como del Régimen de Prima Media y las consecuencias que conllevaría el traslado.

De contera, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, y propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver 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 y la innominada o genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES E.I.C.E.** en la réplica aceptó como cierta la fecha de nacimiento de la señora Milena Ventura Álvarez Jaime y el traslado a Protección S.A., señalando no constarle los demás hechos.

En su defensa, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación; inexistencia de nulidad del traslado a la AFP Protección S.A; improcedencia de la indexación; inoponibilidad del acto jurídico de afiliación de la actora con la AFP Porvenir frente a Colpensiones como tercero de buena fe; indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media; desconocimiento del precedente judicial; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.; devolución de los aportes debidamente discriminados; buena fe; prescripción; compensación; imposibilidad de condena en costas y la innominada.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 30 de junio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Milena Ventura Álvarez Jaime al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes entre el 1º de mayo de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2001 y a partir del 01 de abril de 2007, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente

indexados. Asimismo, condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las cuotas de administración y/o gastos de administración cobradas por la afiliación de la actora 01 de diciembre de 2001 hasta el 31 de marzo de 2007, debidamente indexadas, ordenando a Colpensiones a recibir tales sumas de dinero y activar la afiliación en el Régimen de Prima Media; declaró improbadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A.

1.4.- RECURSO

La apoderada judicial de la **AFP Porvenir S.A.**, presentó recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente la sentencia, para lo cual argumentó que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción como el citado por la a quo, no se debe aplicar el mismo de manera objetiva, sino que se debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo indicado en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se destina un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

Resaltando que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó en forma expresa que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros previsionales, ni la comisión de administración, siendo relevante indicar que conforme lo indicado por la Juez en relación a que la administradora no puede beneficiarse de los gastos de administración debe tenerse en cuenta que precisamente estos permitieron que se tuvieran los rendimientos que se van a trasladar a Colpensiones.

Solicitando igualmente, se tenga en cuenta que los gastos de administración fueron debidamente descontados conforme a la normatividad vigente y

precisamente se prueba que no hubo ningún tipo de irregularidad frente a la afiliación de Porvenir, por lo que sería injusto que se descuenten dichos gastos de administración, frente a la indexación trae a colación lo señalado por el Tribunal Superior del Distrito de Cali, que indica que no hay lugar a la imposición de dicha condena, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado, por lo que solicita se revoque esta condena.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión se pronunció el apoderado de **Porvenir S.A.**, solicitando la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia, arguyendo que la afiliación de la actora no adolece de nulidad o ineficacia, siendo que cumple los requisitos de existencia y esencia del acto jurídico; que la normativa que rige la libre escogencia de régimen pensional no refiere los efectos establecidos por la *a quo*; que la demandante recibió la información necesaria para seleccionar el régimen más conveniente y de ello se dejó constancia en el formulario de afiliación, conforme a lo establecido en la normativa vigente para la época del traslado; que deben autorizarse las restituciones mutuas siendo que siempre ha actuado de buena fe, y que los aportes de la actor no se han visto afectados por la devaluación de la moneda porque sobre los mismos se garantizó una rentabilidad mínima, siendo improcedente la indexación ordenada.

Por su parte, la apoderada de **Colpensiones E.I.C.E.**, reiteró que la entidad no tuvo incidencia alguna en el acto jurídico de afiliación de la demandante con el fondo privado, por lo que dicho acto resulta inoponible a Colpensiones, con lo que se busca proteger intereses patrimoniales de terceros que tienen un impacto directo frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reserva pensional, debiéndose evaluar la proporcionalidad de la decisión tomada en primera instancia y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para que sea adoptada otra medida consistente en que sean las AFP privadas quienes

asuman las cargas económicas derivadas de la declaratoria de ineficacia, o que en su defecto, los dineros se trasladen adicional a lo indicado en la sentencia, conforme a un estudio actuarial emitido por Colpensiones.

2. CONSIDERACIONES

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación por la **AFP Porvenir S.A.**, 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 Milena Ventura Álvarez Jaime nació el 7 de junio de 1966, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el folio 19 del anexo 02 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 3 de abril de 1995, con fecha de

efectividad el 1° de mayo de la misma anualidad, posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A., el 16 de octubre de 2001 y finalmente retornó a la AFP Protección S.A., el 1° de febrero de 2007, conformidad con la certificación SIAFP, obrante a folios 38 del anexo 14 del expediente digital.

- Que la accionante acredita un total de 1353.15 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A. visible a folios 80 a 93 del anexo 14 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 Trece Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 3 de abril de 1995, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. y la posterior movilidad dentro del Régimen de Ahorro Individual?

¿Si debe ordenarse a la AFP 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, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

¿Si opera el fenómeno prescriptivo en relación a las comisiones administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y cuotas de seguros previsionales y si es procedente la indexación de los mismos?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecuencial, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, debidamente indexados, (ii) 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 y ADICIONADA, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., trasladar también a Colpensiones los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas de los seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación de la demandante a dicha entidad, debidamente indexados.

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 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, SL3046 del 10 de agosto de 2022, SL4310 del 02 de noviembre 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, SL1085 de 22 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 de la señora Milena Ventura Álvarez Jaime, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 3 de abril de 1995, que posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A., el 16 de octubre de 2001 y finalmente retornó a la AFP Protección S.A., el 1º de febrero de 2007, conformidad con la certificación SIAFP, obrante a folios 38 del anexo 14 del expediente digital, resaltando, que no se aportó al plenario el formulario de afiliación a AFP Davivir hoy Protección S.A., obrando únicamente a folios 53 del anexo 02 del expediente digital, el formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A. y a folios 37 del anexo 14 el formulario de la afiliación efectuada en el año 2007 a protección S.A, no obstante, dichos formularios de afiliación no dan 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 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, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte rendido por la actora, no es posible deducir prueba de confesión, toda vez que indicó la misma que se afilió a Protección S.A., por motivos de fidelidad a la compañía con la que estaba trabajando Davivir, sin recibir asesoría, que entraban a trabajar allá y que tenían que estar afiliados, informando que trabajaba como asesora en pensiones y cesantías, siendo sus funciones promocionar las afiliaciones, sosteniendo que la capacitación que recibió fue más enfocada en la venta, en promocionar el producto, que les decían que se tenía pleno manejo del dinero y en el régimen de prima media era una bolsa común y que con esa información salían a promocionar el producto, no había profundidad y que posteriormente fue capacitada. En relación a la afiliación a Porvenir S.A., indicó que en ese momento ingresó a trabajar en el Grupo Aval en el Banco Popular y automáticamente tenía que afiliarse a Porvenir S.A., sin recibir información y posteriormente en 2007 regresó a Protección S.A., porque empezó a trabajar en Sura y ese era el fondo que manejaba y que no tenía claro la prohibición de traslado antes de los 47 años.

De lo anterior, es evidente que, si bien la gestora 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, para el momento en el cual realizó la afiliación inicial, resaltando la Sala que resulta acertado el razonamiento de la falladora de primera instancia, cuando indica, que el cumplimiento al deber de información debe verificarse al momento de la afiliación y no con posterioridad, destacando que si bien se evidencia una actitud pasiva de la demandante, quien en atención al cargo que ostentaba para la época debía tener un mayor conocimiento y pese a ello nunca realizó el traslado al Régimen de Prima Media, dicha situación no releva a

la administradora del deber de acreditar que cumplió con su deber de información.

En este punto, también resulta importante relieves que el Juzgado decretó como prueba de oficio requerir a la AFP Protección S.A., a fin de que aportara copia de la hoja de vida de la demandante, anexando el contrato de trabajo, constancias de capacitaciones y evaluaciones laborales y en respuesta al mismo, Protección S.A., allegó la hoja de vida de la actora, documento del cual no puede extraerse que el momento de la vinculación a la entidad, otrora Davivir o al momento de la suscripción del formulario de afiliación, se hubiera entregado algún tipo de información, señalando la entidad, que no se cuenta con soportes o certificados de capacitaciones, ni registros de desempeño, en tanto que la vinculación se dio con Davivir, la cual se fusionó con ING y posteriormente Protección S.A.

Se destaca igualmente, 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 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.

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

De los efectos de la ineficacia del traslado

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

De otra parte, los rendimientos financieros 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 las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la 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 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 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.”

Igualmente, en la referenciada sentencia SL2877 de 2020, se pronunció la Alta Corporación, en torno a la procedencia de extender la obligación de devolución a todas las AFP a las cuales haya estado vinculado el afiliado *“los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas*

participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión.”

De la indexación

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 y que se conserve el valor integral de la cotización, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad el recurso interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A.

Finalmente, respecto al concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hace referencia la apoderada de Porvenir S.A., 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 tornó ineficaz la vinculación.

Así las cosas, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo que deberá ADICIONARSE el numeral segundo de la sentencia, para ordenar a Porvenir S.A., traslade también a Colpensiones las primas previsionales y los aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descontados en vigencia de la afiliación de la actora, debidamente indexados.

De la Prescripción

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.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., por habérsele 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 **ADICIONA** el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de junio de 2023 por el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora Milena Ventura Álvarez Jaime contra las AFP Protección S.A., Provenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., traslade también a Colpensiones las primas previsionales

y los aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descontados en vigencia de la afiliación de la actora, debidamente indexados.


2.- Se **CONFIRMA** la sentencia en lo demás.


3.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., inclúyase como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.


4.- 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