



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-010-2019-00259-01
Demandante:	Luisa Fernanda Burbano Orozco
Demandado:	Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, julio veintidós (22) de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO 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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las entidades accionadas, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, el 25 de abril del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora LUISA FERNANDA BURBANO OROZCO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Radicado 05001-31-05-010-2019-00259-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora LUISA FERNANDA BURBANO OROZCO, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la existencia de un vicio en el consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con Porvenir S.A.; se declare que Porvenir S.A., incurrió en omisión del deber de información; se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad, consecuentemente, se declare la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, se condene a Porvenir S.A., a trasladar los aportes realizados a Colpensiones, con los rendimientos generados; se condene a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes.

Como sustento de tales súplicas, se indicó que la señora Luisa Fernanda Burbano Orozco nació el 12 de diciembre de 1969, que se afilió al ISS en diciembre de 1994, trasladándose a Porvenir S.A. en junio de 1997, señalando que al momento del traslado no se le informaron las ventajas y desventajas del traslado, que se le hizo incurrir en un error al no recibir la información cierta y necesaria para decidir de manera espontánea y voluntaria el traslado.

Se expuso que el 1º de diciembre de 2016, la accionante recibió la doble asesoría por parte de Porvenir S.A., que el 9 del mismo mes y año, faltándole más de 10 años para obtener la pensión, la actora solicitó el traslado de régimen pensional para devolverse al Régimen de Prima Media, fecha en la cual recibió la doble asesoría por parte de Colpensiones, no obstante en la misma fecha Colpensiones le niega dicho traslado, aduciendo posteriormente que el 16 de febrero de 2017, la entidad pública le informó que la solicitud de

cambio de régimen aún se encontraba en estudio, en igual sentido, el 20 de octubre de 2017, le informó que la solicitud sería trasladada al área encargada y el 12 de junio de 2018, se le informó que la solicitud fue rechazada por Porvenir S.A., por no contar con doble asesoría.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto lo relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la doble asesoría dada por Colpensiones, la solicitud de traslado y las respuestas expedidas por la entidad, señalando no constándole lo relativo al traslado realizado por la actora al fondo privado toda vez que son circunstancias fácticas ajenas al conocimiento de la administradora.

En oposición al éxito de las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de nulidad de traslado de fondo pensional, validez y eficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas y compensación.

A su turno, **PORVENIR S.A.**, sostuvo que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, ni la afiliación al ISS, así como tampoco las dobles asesorías y peticiones que la pretensora hubiera presentado a Colpensiones, resaltando que no es cierto como se presenta lo que respecta al traslado de la actora a Porvenir S.A., toda vez que dicha afiliación se dio de forma informada, libre y voluntaria, después de que la misma recibió asesoría por parte de la entidad, en la cual se le brindó la información clara, suficiente y veraz en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado, informándose que Porvenir S.A., informó cada una de las características que trata el RAIS.

Con miras a enervar las pretensiones formuló 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 PRIMER GRADO

El Juzgado de Conocimiento que lo fue el Décimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 25 de abril del año 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 22 de mayo de 1998 por la demandante; condenó a Porvenir S.A., a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales si los hubiere, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguro, debidamente indexados; condenó a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A., los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante y condenó en costas a Porvenir S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

La apoderada de la entidad solicita se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad, teniendo en cuenta que se cumplió con los requisitos legales al momento de la vinculación y más si se tiene en cuenta que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia solo se dio a partir del año 2008, por ende era imposible a la entidad para la fecha de ocurrencia de los hechos, prever el alcance interpretativo que daría la Corte, momento para el cual el único soporte documental que se exigía era el formulario de vinculación, el cual cumplía con los requisitos vigentes y que fue aprobado por la antigua Superintendencia Bancaria y solo hasta el 2016 se exigen mayores

soportes documentales frente a la información brindada al momento de la afiliación, además, el artículo 102 de la Ley 100 de 1993, obliga a la entidad a recibir como afiliados a las personas que suscriban los formularios de afiliación.

Resaltó que la demandante ha permanecido en el régimen durante más de 20 años y que adicionalmente el único motivo que la mueve para realizar el proceso es la diferencia de la mesada pensional y ello no es óbice para entender una falta de información por parte de la entidad, más si se tiene en cuenta que ello se escapa a la esfera de control de la misma y la liquidación se ha visto afectada por los cambios normativos.

Destacó que toda vez que la actora no asistió a la audiencia se aplicaron las sanciones correspondientes a la confesión presunta o ficta y en el numeral 4 de la demanda claramente especificaba que a ella no se le había brindado las ventajas y desventajas del régimen pensional y conforme a la sanción se declaró este hecho como no cierto, es decir que a la actora si se le brindó información de las ventajas y desventajas, en cumplimiento de la normatividad vigente, siendo claro que lo que debió proceder en este caso fue a la absolución y la no declaratoria de ineficacia, resaltando que en la sentencia de unificación de esta Corporación en un caso de un pensionado al actor por no asistir a la audiencia se declaró la confesión ficta y ese fue uno de los argumentos para negar la pretensión, pues en ese caso se tomaron como ciertos los hechos atinentes a que si se le brindó la información necesaria y suficiente para tomar una decisión consciente libre y voluntario, por lo que en este asunto si se debió declarar la absolución al tener como un hecho cierto que se cumplió con la normatividad vigente para tal momento, lo que se debe extender a que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se cumplió en este proceso, porque el cumplimiento de la normatividad vigente para tal momento conlleva también esa interpretación que dio la corte y aunque en la contestación no se especifica claramente cada una de las características como lo manifiesta el Juez, se debe destacar que prácticamente

eso sería copiar y pegar la Ley 100 en su totalidad respecto al régimen de ahorro individual y eso no sería pertinente frente a la contestación de la demanda y conforme a ello y toda vez que se manifestó que se dio la información necesaria, suficiente y veras y que esto se dio como un hecho cierto se debe declarar la validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

Si en gracia de discusión se considera que se debe declararse la ineficacia, solicita que no se condene a trasladar lo atiniente al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues dichos rubros tienen una destinación legal, específica y en lo que tiene que ver con la indexación de las cuotas de administración no es procedente, teniendo en cuenta que ello no se solicitó en el escrito de demanda y no se discutió dentro del proceso.

Colpensiones

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, dado que la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la demandante goza de plena validez, toda vez que en el momento en que se trasladó de régimen estaba aceptando las condiciones pensionales de este, lo que se evidencia en los hechos de la demanda es una inconformidad con la mesada pensional y en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos en que sustenta su demanda, y si bien es cierto existe una carga dinámica de la prueba, eso no significa que la parte actora tomara una actitud totalmente pasiva, tanto así que no asistió a la audiencia, con ello se le impone al Juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba y no de manera ponderada de acuerdo a las particularidades de cada caso, por lo que se está alterando la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal, para que en su lugar se prescinda de las cargas que se pueden imponer a las partes.

Por otra parte, la sentencia viola directamente la Constitución Política de Colombia y desconoce el principio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48, ya que la declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados, por el impacto fiscal que representa.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de las accionadas. El vocero judicial de Colpensiones, señaló que no son de recibo las consideraciones de la sentencia, en tanto que para el año 2019 la demandante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, adicionalmente, en el desarrollo del proceso no se demostró por ningún medio probatorio que la actora hubiera ejercido las acciones jurídicas tendientes a regresar al Régimen de Prima Media, ni cumplió con sus deberes como consumidor, insistiendo en que la sentencia viola directamente la Constitución Política y desconoce el principio de sostenibilidad financiera.

Por su parte, la apoderada de Porvenir S.A., solicita se revoque la sentencie de primera instancia, reiterando que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la parte actora, se realizó de forma espontánea y con el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley y en el evento de que se deje en firme la ineficacia de la afiliación, solicita se exceptúen del traslado los gastos de administración, reiterando que dichos gastos tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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 LUISA FERNANDA BURBANO OROZCO nació el 12 diciembre de 1969, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 11 del anexo 01 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A., el 22 de mayo de 1998, con fecha de efectividad el 1º de julio de la misma anualidad, de conformidad con el formulario de afiliación visible a folio 30 del anexo 012 del expediente digital.
- Que la accionante acredita un total de 1119 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. el 18 de marzo del 2019, aportada a folios 35-41 del anexo 19 del anexo 012 del expediente digital.

- Que la gestora del proceso recibió doble asesoría por parte de Porvenir S.A., el 1° de diciembre de 2016 y por parte de Colpensiones el 9 de diciembre de 2016, solicitando en dicha calenda el traslado a Colpensiones, tal y como se desprende de los documentos que militan a folios 12 a 16, 18 a 21 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 el señor Juez Décimo Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si la confesión ficta o presunta declarada por el A quo, conduce a dar al traste con las pretensiones de la demanda y en caso negativo, establecer si es ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., efectuado por la demandante?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Porvenir S.A., el traslado de las cuotas de administración y de seguros previsionales?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información y por lo tanto debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, sin que la declaratoria de confesión ficta efectuada por el Juez, tenga los efectos que pretende la apoderada de Porvenir S.A, en tanto que la misma se realizó en forma general, siendo únicamente individualizado por el fallador el hecho cuarto, mismo que no resulta suficiente para determinar el cumplimiento al deber de información, razón por la cual deberá CONFIRMARSE la sentencia.

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 y más recientemente en las sentencias SL SL1442 del 21 de abril de 2021 y SL3349 del 07 de julio de 2021.

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 LUISA FERNANDA BURBANO OROZCO, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A., el 22 de mayo de 1998, con fecha de efectividad el 1º de julio de la misma anualidad, de conformidad con el formulario de afiliación visible a folio 30 del anexo 012 del expediente digital, no obstante, dicho formulario de afiliación no da 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 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); por ello de dicho formulario por sí solo no puede inferirse la voluntariedad de la afiliación en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Confesión ficta

Se advierte que en el caso bajo estudio el Juzgado de Conocimiento mediante auto del 18 de marzo de 2022, procedió a fijar fecha para la celebración de las audiencias reguladas en los artículos 77 y 80 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, el 25 de abril de la presente anualidad, diligencia a la cual no se presentó ni la demandante, ni su apoderado judicial, advirtiéndose que en dicha oportunidad debía la actora absolver interrogatorio de parte, conforme las solicitudes probatorias elevadas por Porvenir S.A. y Colpensiones.

En atención a la referida inasistencia de la demandante a la audiencia, el fallador de primera instancia señaló que se tenían como ciertos los hechos susceptibles de confesión, advirtiéndolo que en relación a la contestación presentada por Colpensiones no se presentaba ningún hecho susceptible de ello, pero en relación a Porvenir S.A., se tendría como cierto que el traslado de régimen pensional se realizó conforme a las normas que regulaban los cambios de sistemas pensionales vigentes al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Respecto de la confesión ficta o presunta, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, indicó en la sentencia SL1048 de 2022 lo siguiente:

“Cabe reiterar el criterio de la Sala en cuanto a que es verdad que resulta ineludible que el juez de primera instancia especifique cuáles son los hechos sobre los que pesa la declaración de confesión judicial y los que no tengan esa virtualidad, ello como garantía del debido proceso y el derecho a la defensa. Esa delimitación procesal no es de poca monta y adquiere mayor entidad en el escenario de casación, dado que, si se trata de lo segundo, es decir, lo que no es susceptible de confesión, generaría un indicio grave en contra del ausente en los términos del artículo 210 del CPC, hoy 205 CGP, prueba que no es calificada (art. 7 L. 16/69, CSJ SL, 12 feb. 1992, rad. 4772, CSJ SL, 22 may. 1992, rad. 4000 y CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 34390).

Es justo ahí donde radica la importancia de identificar los hechos sobre los cuales pesa la confesión presunta, y aquellos que constituyen indicio grave. En ese sentido se ha pronunciado esta Corporación en varias ocasiones, como lo hizo en sentencia CSJ SL, 23 ago. 2006, rad. 27060, reiterada, entre otras, en decisión CSJ SL, 27 jun. 2012, rad. 43398”.

En atención de lo anterior, advierte la Sala que el funcionario de primer grado, inicialmente realizó una manifestación general, teniendo como cierto que el traslado se realizó conforme a las normas que regulaban los cambios de sistemas pensionales vigentes al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin especificar sobre cuales hechos recaía la declaración de confesión ficta, sin que el Juez de segunda instancia, tenga las

facultades para establecer los hechos que se presumen como ciertos, pues dicha potestad solo corresponde al juez de primera instancia.

Frente a lo anterior, la apoderada de Porvenir S.A., solicitó al funcionario cognoscente, extendiera los efectos de la confesión ficta al hecho cuarto de la demanda, petición que fue acogida por la judicatura, siendo entonces el hecho cuarto del escrito genitor el único supuesto individualizado, sobre el cual se incurre en confesión, advirtiendo que en el mismo se consignó *“Al momento del traslado, el asesor de Porvenir S.A, nunca le infirmo las ventajas y desventajas que le traería a mi representada dicho traslado”* supuesto fáctico al cual Porvenir S.A., replicó *“No es cierto. los asesores comerciales de la AFP PORVENIR S.A, informan en debida forma al momento de la afiliación cada una de las características que trata el RAIS, suministrándole para ello una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”*.

De lo señalado, es claro, que, si bien se tiene como cierto que a la accionante se le informaron las ventajas y desventajas del traslado, ello no resulta suficiente, para dar por acreditado, que Porvenir S.A., cumpliera cabalmente con el deber de información que se le imponía para la fecha en que se dio el cambio de régimen pensional de la pretensora, deber que va mucho mas allá de señalar ventajas y desventajas.

De lo anterior se advierte que no logró Porvenir S.A., acreditar que la pretensora efectuó el traslado de régimen pensional luego de haber recibido la información adecuada, cierta, suficiente y oportuna, pues no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones de su afiliación.

Se sigue de lo anterior, que no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

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 la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue Porvenir S.A., 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 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 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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras 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”.

Adicional a lo expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado que la indexación de las cuotas 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 propio de la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, reiterando que a juicio de este Colegiado, con la orden impuesta a Porvenir S.A., de trasladar aportes, rendimientos, comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los tres últimos indexados, se está garantizando que Colpensiones reciba todos los valores que la misma hubiere recibido, en el evento en el que la accionante, siempre hubiere estado afiliada a esa entidad, por lo que tampoco es de recibo el argumento expuesto por el apoderado de la entidad pública, según el cual con la declaratoria de ineficacia se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Por lo expuesto, se encuentra acertada la decisión del a quo, imponiéndose en esta instancia la confirmación del fallo.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, 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 Décimo Laboral de Circuito de Medellín, el 25 de abril de 2022, en el proceso ordinario instaurado por la señora LUISA FERNANDA BURBANO OROZCO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES COLPENSIONES y de 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 fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, 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 MARIA ROJAS MANRIQUE


JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO