



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-001-2020-00232-01
Demandante:	Elías Nuñez Rubio
Litisconsorte necesario por pasiva:	Porvenir S.A.
Demandado:	Colpensiones y Colfondos S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, agosto dieciséis (16) 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, en permiso justificado, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, en concordancia el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 a decidir el recurso de apelación interpuesto por los señores apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 6 de

junio del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora ELÍAS NUÑEZ RUBIO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, proceso al cual fue vinculado como litisconsorte necesario por pasiva la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Radicado 05001-31-05-001-2020-00232-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor ELÍAS NUÑEZ RUBIO, convocó a juicio a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., pretendiendo se declare la nulidad absoluta o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizado a Colfondos S.A., por existir vicio en el consentimiento, debido a la inadecuada asesoría, que lo indujo en error; se declare que el contrato de declaración de voluntad que dio origen al traslado a la AFP, es nulo o ineficaz y como consecuencia, se entienda sin solución de continuidad la afiliación del accionante al Régimen de Prima Media; se ordene a Colfondos S.A., trasladar todos los aportes y rendimientos a Colpensiones.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que el accionante nació el 13 de marzo de 1959, procediendo, el 4 de mayo de 1994, previo a una deficitaria asesoría, a trasladarse a Colfondos S.A., luego, realizó múltiples traslados entre Colfondos S.A. y Horizonte S.A., explicando que al momento del traslado se le indicó que no perdería ninguno de los beneficios que tenía en el Régimen de Prima Media, que obtendría mayores ventajas, sin explicársele en qué consistía cada régimen, ni las ventajas y desventajas de cada régimen.

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 edad del demandante, precisando que el actor nunca ha estado vinculado al Régimen de Prima Media y que no le constan los demás hechos de la demanda.

A su vez, propuso las excepciones inexistencia de nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; improcedencia de la afiliación; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; 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; ausencia de requisitos para trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; prescripción; compensación; imposibilidad de condena en costas; buena fe y la innominada.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** replicó la demanda, exponiendo que se cumplieron todos los requisitos de ley, para brindar al afiliado toda la información de manera eficaz, oportuna y clara, dándole la posibilidad de comunicarse con la entidad, de la manera más sencilla, explicando, además, las condiciones, requisitos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; la innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago.

Finalmente, **PORVENIR S.A.**, vinculada al proceso, afirmó que se atenía al formulario de afiliación suscrito por el actor con Horizonte S.A. en 1998, en el cual se evidencia su libre escogencia del Régimen de Ahorro Individual, después de haber recibido información clara, precisa y veraz, sobre las condiciones, características y funcionamiento del mismo.

Y, como excepciones, presentó las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 6 de junio del año 2022, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor, el 3 de mayo de 1994, a Colfondos S.A., por falta al deber de información, quedando igualmente ineficaces los posteriores traslados a Horizonte hoy Porvenir S.A.; ordenó a Colpensiones, tener afiliado al Régimen de Prima Media al actor, previa suscripción del formulario de vinculación por parte del accionante, sin posibilidad de esgrimir la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 y homologar las semanas cotizadas al RAIS, previo el recibo del saldo de la cuenta de ahorro individual; ordenó a Colfondos S.A., que previa comprobación de la afiliación del actor a Colpensiones, traslade el saldo de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, valores que deberán ser indexados; ordenó a Porvenir S.A., previa comprobación de la afiliación del demandante a Colpensiones, traslade a ésta los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, todo ello indexado y durante el tiempo de permanencia en Horizonte hoy Porvenir S.A., condenando en costas a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

El apoderado de la administradora interpuso recurso de apelación, respecto del numeral cuarto de la sentencia, por considerar que no procede la condena a la devolución de los gastos de administración, por cuanto en el Régimen de Prima Media, también se realizan esos descuentos, los que no forman parte de la pensión de vejez y están sometidos a la prescripción.

Colpensiones

La apoderada de la entidad interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la providencia de primera instancia, por cuanto el actor nunca ha estado afiliado al Régimen de Prima Media, por lo que la consecuencia de este proceso no debe ser ordenar a Colpensiones tener válidamente afiliado al actor, sino que se debe inaplicar la nulidad del traslado o ineficacia de la afiliación y con ello buscar la reparación de los posibles perjuicios que la administradora del RAIS hubiere causado en las expectativas pensionales del actor, encontrándose impedido para trasladarse de régimen pensional.

En caso de confirmarse la sentencia, solicita no se condene en costas a su representada.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la apoderada de Colpensiones, reiterando lo indicando al momento de sustentar el recurso de apelación respecto a la providencia que hoy conocemos,

indicando, además, que la información que debían suministrar las administradoras debían ser analizadas con base en las normas vigentes para la fecha de las afiliaciones.

Solicita que, en caso de confirmarse el proveído, se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, con los gastos de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los seguros previsionales, incluyendo las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses, bono pensional y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, todo indexado.

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 el señor Elías Nuñez Rubio nació el 13 de marzo de 1959, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el documento *01. Demanda.pdf folio 19* del plenario.

- Que el demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A., el 3 de mayo de 1994, con fecha de efectividad el 1° de junio de 1994, a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 10 de febrero de 1998, con fecha de efectividad el 1° de abril de 1998, a Colfondos S.A. el 24 de septiembre del 2008, con fecha de efectividad el 1° de noviembre del 2008, a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 19 de mayo del 2012, con fecha de efectividad el 1° de julio del 2012 y a Colfondos S.A. el 29 de enero del 2013, con fecha de inicio de efectividad el 1° de marzo del 2013, información que se extrae de los formularios de afiliación y del certificado de SIAFP, obrantes en el documento *01. Demanda.pdf folios 36 y 11. Contestación Colfondos.pdf folios 98 a 99* del plenario.

- Que el accionante acredita un total de 1107.43 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Colfondos S.A., el 24 de marzo del 2020, obrante en el documento *01. Demanda.pdf folios 32 a 35* del plenario.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado efectuado por el demandante, el 1° de junio de 1994, al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A., con su posterior movilidad a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 1° de abril de 1998, a Colfondos S.A. el 1° de noviembre del 2008, a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 1° de julio del 2012 y a Colfondos S.A. el 1° de marzo del 2013?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Porvenir S.A., el traslado de las comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía Mínima debidamente indexados?

¿Si opera la prescripción respecto de los gastos de administración?

¿Si es dable ordenar el traslado del actor a Colpensiones, pese a que el mismo no acredita afiliación previa al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con anterioridad a su traslado al Régimen de Ahorro Individual?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información por parte Colfondos S.A y Horizonte hoy Porvenir S.A., y, por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante a Colpensiones; ii) no opera el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto de las comisiones de administración; iii) la ineficacia por incumplimiento del deber información aplica igualmente respecto a la afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pudiendo el asegurado seleccionar retroactivamente el Régimen de Prima Media con prestación definida, en consecuencia, la sentencia debe ser CONFIRMADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de

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

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, 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 establece la afiliación inicial al sistema de seguridad social pensional del señor Elías Nuñez Rubio, a través de la AFP Colfondos S.A., el 3 de mayo de 1994, con fecha de efectividad el 1° de junio de 1994; a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 10 de febrero de 1998, con fecha de efectividad el 1° de abril de 1998; a Colfondos S.A. el 24 de septiembre del 2008, con fecha de efectividad el 1° de noviembre del 2008; a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 19 de mayo del 2012, con fecha de efectividad el 1° de julio del 2012 y a Colfondos S.A. el 29 de enero del 2013, con fecha de efectividad el 1° de marzo del 2013, información que se extrae de los formularios de afiliación y del certificado de SIAFP, obrantes en el documento *01. Demanda.pdf folios 36 y 11. Contestación Colfondos.pdf folios 98 a 99* del plenario, no obstante, los formularios de afiliación no dan cuenta de la información que fue brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se 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 no puede inferirse la voluntariedad de la afiliación en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que para el año de 1994, recibieron una visita de un asesor de Colfondos S.A., cuando él laboraba en el municipio de Pamplona en la tesorería, indicándosele que con el traslado, en cualquier momento se podría pensionar, que sus beneficiarios podrían obtener esa prestación y que el ISS estaba en liquidación, reunión que duró 5 o 10 minutos

y habían entre 5 y 7 personas, además le dijeron que los aportes que le descontaran iban a ir a una cuenta individual; aseveró que regresó a Colfondos S.A. en 1998, por una visita que le hizo un asesor a la oficina, cuando él trabajaba en la Rama Judicial, quien le manifestó que esa administradora era la mejor opción para obtener la pensión; se trasladó, luego, a Horizonte S.A., porque le ofrecieron mayor rentabilidad, queriendo regresar a Colpensiones, entre otros aspectos, por el monto de su pensión.

De lo anterior se colige que, si bien el actor se afilió de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información adecuada, sin conocer las características, el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las consecuencias del traslado y las desventajas de dicho régimen podría generarle.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Colfondos S.A. y posteriormente Horizonte hoy Porvenir S.A., cumplieran con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Colfondos S.A. al demandante, al momento de efectuarse la afiliación al régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, no pudiendo declararse la imposibilidad de traslado del accionante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en tanto que, el retorno del mismo al Régimen de Prima Media, se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Afiliación inicial al sistema pensional a través del RAIS

Debe puntualizarse que el derecho a la información y la debida asesoría la tienen todos los afiliados al sistema, tanto en los eventos de afiliación inicial como de traslado de régimen.

La declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, resulta procedente en tanto el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 prevé frente a la escogencia del Régimen pensional que: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará 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”*.

En este asunto el demandante se encontraba vinculado a una entidad pública territorial como lo es el Municipio de Pamplina, que a su cargo la prestación y conforme al artículo 114 ibídem *“Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones (...)”*

De manera que la libertad de selección no es una prerrogativa exclusiva del traslado pensional y opera de idéntica manera cuando la AFP respectiva, incumple el deber de información y asesoría respecto a la afiliación inicial, razón por la cual es procedente confirmar la ineficacia declarada por la a quo.

En este contexto, como el demandante, antes del 1° de julio de 1994, no se encontraba afiliado a ningún régimen pensional, debe entenderse, que la voluntad del asegurado con esta demanda, es la selección retroactiva del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, de allí que será ésta la entidad encargada de recibirlo y de activar su afiliación, ello de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que ante una situación que atente contra los derechos del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, ***“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.***

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 del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor, por lo que no encuentra vocación de prosperidad en esta instancia el recurso de alzada presentado por el apoderado de Porvenir S.A.

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 Colfondos 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 del actor, 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 del demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de 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 aborro 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 con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual 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”.

Prescripción

Desestima la Sala la procedencia de declarar la prescripción respecto de los gastos de administración que debe trasladar Porvenir S.A. a Colpensiones, en primer lugar, por cuanto 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, sobre la imprescriptibilidad en estos asuntos, se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL 2877 (78667) del 29 de julio del 2020, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Sobre la indexación

En atención a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adocinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP debe ser un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, resulta procedente la disposición del pago de la indexación, tal y como lo ordenó la a quo.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, se encuentra ajustada a los anteriores criterios, en consecuencia, la sentencia debe ser CONFIRMADA.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y de Colpensiones, se fijan 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 Primero Laboral de Circuito de Medellín, el 6 de junio de 2022, en el proceso ordinario instaurado por el señor ELÍAS NUÑEZ RUBIO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, proceso al cual fue vinculado como LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

2.- Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y de Colpensiones, se fijan 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
En ausencia justificada



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO