



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

Proceso: Ordinario Laboral Primera Instancia
Radicación: 05001-31-05-010-2016-000130-01
Demandante: Rodrigo Acevedo Suárez
Demandado: Colpensiones, Colfondos S.A. Protección S.A. y
Porvenir S.A.
Asunto: Apelación y Consulta Sentencia
Procedencia: Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín
Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: INEFICACIA AFILIACION AL RAIS

Medellín, enero veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, de conformidad con el artículo 15 del decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recurso apelación interpuesto por la señora apoderada de Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de junio de 2020, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor RODRIGO ACEVEDO SUAREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS

PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Radicado 05001-31-05-010-2016-0130-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor RODRIGO ACEVEDO SUAREZ, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. pretendiendo se declare la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de Colpatria hoy Porvenir S.A. y su posterior traslado a Colfondos S.A. y que al accionante le asiste el derecho a retornar al Régimen de Prima Media, por haber existido un vicio en el consentimiento para su traslado; en consecuencia se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos financieros, y el valor bono pensional, previa anulación, de haberse éste solicitado o recibido, por el tiempo de servicio en distintas entidades del sector público, con los intereses y la indexación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la actora nació el 17 de septiembre de 1956, afiliándose al ISS, desde el 15 de mayo de 1987, que laboró para el Municipio de Medellín desde el 23 de septiembre de 1992 y fue afiliado al ISS el 01 de julio de 1995 hasta el mes de agosto del mismo año, cuando se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A., luego de múltiples visitas y entrega de suvenires accedió a firmar el escueto formulario, por ignorancia en los temas pensionales, pues se le aseguró que podría pensionarse con una pensión más alta y en cualquier momento, que adicionalmente, su empleador los requirió bajo presión para que se trasladaran a un Fondo Privado, por no ser beneficiarios del Régimen de Transición. Narra que posteriormente fue trasladado por fusión a Colfondos, sin que fuera analizada su situación pensional ni entregada alguna proyección, por lo que afirma, fue víctima de error o engaño por parte de las AFP.

Asevera que el 12 de noviembre de 2014, Colfondos le entregó una proyección pensional en la cual se le informa que a los 62 años en el RAIS accedería a una pensión de \$665.934 pesos y en Colpensiones su mesada pensional, a la misma edad, sería de \$2.219.668, expresando que de haber conocido antes esa información, jamás se hubiera trasladado, confirmando que se le engañó cuando se le prometió una pensión más alta que en el ISS.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente COLPENSIONES dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierta la fecha de nacimiento del demandante y la reclamación administrativa, señalando que no le constan las razones que tuvo el accionante para trasladarse al RAIS la información que le fue suministrado al momento del traslado, ni la existencia de error o engaño.

A su vez, propuso 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; improcedencia de la indexación; imposibilidad de condena en costas, compensación y la genérica.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIS S.A., da contestación a la demanda, indicando que es cierta la edad del accionante el traslado posterior a Colfondos S.A., por proceso de múltiple afiliación en comité masivo del decreto 3998 de 2008, mediante solicitud del 20 de marzo de 2009, con fecha de efectividad el 01 de mayo de 2009; así como la proyección pensional que realizó la entidad, no constándole los demás hechos.

Propone las excepciones de buena fe; prescripción; compensación y pago y la genérica o innominada.

Finalmente la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., replica la demanda, indicando que es cierta la afiliación inicial del demandante, que no es cierto que no se le haya brindado información, pues el mismo demandante acepta que recibió información esencial sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y si fue debidamente asesorado en cada uno de los actos jurídicos de vinculación, suministrándosele información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, de acuerdo con las normas vigentes para la época y posteriormente se trasladó en el mismo régimen a Colfondos S.A. en un traslado voluntario y no automático como los pretende hacer creer

En su defensa formuló las excepciones de falta de causa para pedir; buena fe; inexistencia de las obligaciones demandadas; prescripción; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

En audiencia del 31 de agosto de 2018, se ordenó la integración al proceso como litisconsorcio necesario por pasiva de ING hoy PROTECCION S.A., quien, al dar respuesta a la demanda, indicó que el accionante registra afiliación a ese la afiliación al Fondo de Pensiones, entre el 31 de enero de 2008 y el 20 de marzo de 2020, que el traslado inicial se cumplió en el año 1995, siendo el demandante debidamente asesorado y que Protección S.A. brindó al demandante asesoría clara y veraz en el momento del traslado.

A su vez formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; innominada y genérica; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General del Pensiones y traslado de aportes a Colfondos

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante sentencia proferida el 24 de junio de 2020, el Juzgado de conocimiento declaró la INEFICACIA del acto de traslado del señor RODRIGO ACEVEDO

SUÁREZ del RPM al RAIS, mediante afiliación inicial a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., luego a la AFP PROTECCIÓN S.A. y finalmente a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, determinando que en tal sentido, se entiende que el demandante ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, de manera permanente y sin solución de continuidad; ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el importe total de los aportes que ha realizado el señor RODRIGO ACEVEDO SUÁREZ para el riesgo de pensiones, existentes en su cuenta individual de ahorro pensional, con los rendimientos que se hubieren generado y las cuotas de administración cobradas y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reactivar la afiliación del Señor RODRIGO ACEVEDO SUÁREZ, sin solución de continuidad, debiendo atender las prestaciones económicas a que haya lugar; finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

La apoderada de Porvenir S.A. interpone el recurso de apelación, sustentando su inconformidad, en que no comparte la declaratoria de ineficacia, pues obra en el proceso constancia suscrita por el demandante con su puño y letra de que recibió información clara, precisa y veraz para afiliación y que su afiliación fue libre y voluntaria,

Ese preformato correspondiente al formulario de vinculación da constancia que efectivamente la persona era consciente y era capaz de celebrar un acto jurídico valido, otra cosa es que con los años se haya exigido que además del formato se realicen proyecciones y comparación de un régimen y otro, por lo que la carga de la información se ha ido incrementando, pero para la fecha del traslado la

información que tenía que brindar su representada fue la que debió brindar para esa época

Colpensiones

Impugna la decisión frente a la ineficacia declarada, argumentando que no se evidencia que el señor Rodrigo, en algún momento, se encontrara afectado por el acto de traslado al régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y que la voluntad de permanencia se reafirma con el tiempo cotizado y el tránsito o movilidad entre los fondos privados, pues si no estaba de acuerdo con el RAIS, debió trasladarse oportunamente a Colpensiones o hacer uso del derecho de retracto.

Subsidiariamente solicita que de confirmarse la sentencia y conforme a la sentencia SL 43690 de 2019, se ordene el traslado de las cotizaciones sin ningún descuento.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión se pronunció la señora apoderada de Colfondos S.A. solicitando se confirme la sentencia en aplicación del precedente judicial generado desde el año 2008, sin embargo aclara que esta posición, no implica que acepte, que no brindó la información a la parte actora, por el contrario se le brindó toda la información necesaria, sobre las ventajas y desventajas de uno y otro Fondo, la forma como pensionarse, la posibilidad de retracto entre otras, solicita igualmente se tenga en cuenta las circunstancias de tiempo, en las que se da el traslado del señor ACEVEDO a su representada, en donde la primera AFP que origina el traslado de régimen, fue COLPATRIA hoy PORVENIR, por lo tanto está en cabeza de esta entidad la mayor carga probatoria, en acreditar cual fue la información que brindó al momento del traslado

A su vez Porvenir S.A. se pronunció reiterando los argumentos de la apelación, afirmando que no comparte la decisión a la cual arribó el Despacho, en el sentido de declarar la ineficacia del afiliación del demandante al RAIS, toda vez que no obra dentro del proceso ninguna prueba que respalde en forma fehaciente y concluyente la afirmación de la parte actora en el sentido de que se le omitió información en el momento de tomar la determinación de efectuar el traslado y aun más de la prueba documental en la cual el señor ACEVEDO suscribió de su puño y letra que tomaba la decisión de traslado en forma autónoma y con el pleno conocimiento, así como la selección de régimen y de administradora, se deduce la voluntad libre y espontánea del trabajador de pertenecer al RAIS e implica la renuncia de permanecer al anterior régimen y el conocimiento de las diferencias que presentan los regímenes pensionales de Colombia.

Finalmente, COLPENSIONES, solicitó MODIFICAR la sentencia del ad-quo, toda vez que, en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso en referencia, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido, hace énfasis en que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria, más teniendo en cuenta las distintas fases normativas del derecho a la información, por lo que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes para la fecha del traslado, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación, lo que igualmente violenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema. Agrega que, de confirmarse la ineficacia del traslado, decretada por el A-QUO implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, como así se mencionó la Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL 4360 del 9 de octubre de 2019.

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 lo no controvertido por Colpensiones, 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 RODRIGO ACEVEDO SUAREZ nació el 17 de septiembre de 1956, conforme a la cédula de ciudadanía obrante a folio 36
- Que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colpatria S.A. el 30 de junio de 1995, con fecha de efectividad del 1º de julio de 1995, conforme consta en formulario de afiliación visible a folios 201 y el registro de Asofondos de folios 203.

-Que el actor se trasladó a COLFONDOS S.A. el 14 de junio de 2000 con efectividad el 01 de agosto de 2000, según formulario de vinculación obrante a folios 128 y certificación aportada a folios 39 del expediente.

-Que igualmente el señor ACEVEDO SUAREZ se trasladó a ING PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PROTECCION S.A. el 31 de enero de 2008, con fecha de efectividad el 01 de marzo de 2008, según se acredita con el formulario de afiliación de folios 314 y la certificación de folios 295.

- El demandante ha cotizado un total de 1257 semanas al 28 de enero de 2015, conforme a la historia laboral expedida por Colfondos S.A., obrante a folios 40 del expediente.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe la Sala determinar:

¿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, verificando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., efectuado por el demandante?

¿Si es procedente ordenar a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones las comisiones por administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima?

2.4. TESIS

Problemas jurídicos que se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado efectuado por la demandante y como consecuencia deben ser

trasladados la totalidad de los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, como consecuencia la sentencia debe ser **ADICIONADA** en el numeral segundo para ordenar a Colfondos S.A. el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales y para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. el traslado de las comisiones de administración, el Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales que se generaron en vigencia de la afiliación a cada AFP y **CONFIRMADA** en lo demás.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual 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 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^{<1>} 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:

Sentencia	Línea Jurisprudencial
SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA Se produce la nulidad del traslado de régimen pensional por incumplimiento del deber de información, es insuficiente el formulario de vinculación para acreditar el consentimiento informado Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre de 2011 de instancia.	CONFIRMATORIA
SL, SL12136 Rad 46292 del	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de

03 de septiembre de 2014	traslado, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993.
SL 19447(47125) del 27 de septiembre de 2017	Debe acreditarse el cumplimiento del deber de información encontrándose o no la persona bajo en el régimen de transición.
SL 17595-2017 (46922) del 18 de octubre de 2017	CONFIRMATORIA
SL413 (52704) del 21 de febrero de 2018	CONFIRMATORIA La afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	CONFIRMATORIA Las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, quien debe probar la diligencia y cuidado es el Fondo de Pensiones, quien estaba obligado a emplearla.
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	CONFIRMATORIA Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	ACLARATORIA El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible. No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del precedente.
SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	CONFIRMATORIA –
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA- Imprescriptibilidad de la Acción La información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia debe ser evaluada respecto a la asesoría inicial, sin que se produzca su saneamiento en virtud de las reasesorías posteriores
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	CONFIRMATORIA-

SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.
SL1611 del 01 de julio de 2020	CONFIRMATORIA
SL2877 del 29 de julio de 2020	CONFIRMATORIA Efectos de la ineficacia.

A los anteriores pronunciamientos se suman sentencias de las distintas Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como: SL782 del 14 de marzo de 2018, SL 3496 del 22 de agosto de 2018, SL361 del 13 de febrero de 2019, SL4933 del 30 de octubre de 2019, SL4937 del 13 de noviembre de 2019, SL5144 del 20 de noviembre de 2019, SL373 del 12 de febrero de 2020, SL600 del 25 de febrero de 2020, SL881 del 10 de marzo de 2020, SL985 del 18 de marzo de 2020, SL4381 del 26 de octubre de 2020, SL4336 del 04 de noviembre de 2020 y SL4388 del 11 de noviembre de 2020.

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 subreglas principales establecidos 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 el traslado de régimen pensional de la demandante a través de COLPATRIA S.A., conforme al formulario de vinculación suscrito el 30 de junio de 1995, obrante a folios 201 del plenario, no obstante, el mismo no da cuenta de información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado —(sentencia SL1688 de 2019);* por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.

En el interrogatorio practicado al demandante, expresó que es ingeniero de sistemas, especializado en auditoría, servidor público de la Contraloría General de Medellín, que a mediados de 1995, se realizaron varias reuniones con Fondos Privados y les informaron que quienes no se encontraban en el régimen de transición podrían optar por un Fondo Privado, que el Secretario General de la Contraloría les ratificó esa información, que se les dijo que el Seguro Social se iba a acabar, que él optó por Colpatria, que no se les dio más explicación, refiere que se le habló solo de la posibilidad de pensionarse antes, niega que le hablaran de intereses o rendimientos. No siendo posible deducir confesión de lo expresado por el accionante.

Se recibió declaración jurada a las señoras GABRIELA DEL SOCORRO CORREA CORREA Y LEOCADIA HINESTROZA BOTERO, compañeras de trabajo del accionante para la fecha del traslado, la primera, narró que asistió a las asesorías que dieron en la Contraloría para el cambio de Fondo; que asistió a la reunión con Colpatria y con Porvenir, pero ella se afilió a Porvenir y el demandante a Colpatria, que la información fue muy general, mostrando las virtudes del Fondo Privado frente al Seguro, de quien se dijo no servía y por eso se iba a acabar. A su vez la señora Hinestroza, aunque no sabe en específico a cuál Fondo se afilió el demandante, refirió que estuvo presente en las reuniones con Colpatria, Porvenir y Old Mutual, que se les indicó que los iban a pasar

porque no eran beneficiarios del Régimen de Transición, que el Seguro social se iba a acabar, que no se hacían cálculos y les regalaban agendas y lapiceros, además de ser muchachos muy bien presentados.

En este contexto, no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que Protección S.A. cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones de su afiliación, por el contrario de los testimonios recaudados se deduce que la información fue precaria e insuficiente para adoptar una decisión informada, razón por la cual no es posible una decisión distinta a la que adoptó el funcionario de primer grado.

Traslado de Gastos de Administración

Encuentran sustento jurídico las condenas impuestas a Colpensiones de validar la afiliación de la demandante y recibir los dineros que deben ser trasladados por Protección S.A., advirtiendo en este punto, bajo la égida de la consulta, que deben trasladarse no solo las comisiones de administración, sino también los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales, ello por cuanto la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, esto es, como si no hubiese existido, de ahí que no pueden excluirse del traslado dichos conceptos, que 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.

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 Protección 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, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no del Fondo, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, según lo previsto en el 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 bien, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación, generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación también deben ser trasladados, advirtiendo que con ello no se afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora, en tanto estos valores al no estar dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser asumidos directamente por la A.F.P.

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 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.”

Corolario de lo anterior, la orden de traslado impartida por el fallador primario no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe ADICIONARSE el fallo en el numeral segundo, para ordenar a Colfondos S.A. a que traslade también los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales causados en vigencia de la afiliación que se cumplió en dos períodos, del 01 de agosto de 2000 al 29 de febrero de 2008 y del 01 de mayo de 2009 a la fecha y para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales que se generaron en vigencia de la afiliación a cada AFP, esto es Porvenir del 01 de julio de 1995 al 31 de julio de 2000 y Protección S.A. (ING) del 01 de marzo de 2008 al 30 de abril de 2009. (véase folios 294)

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes, Porvenir S.A y Colpensiones, esta última porque a pesar de ser atribuible la declaratoria de ineficacia al AFP en la que se realizó el traslado de régimen pensional, se opuso a las pretensiones de la demanda y apeló el fallo de instancia.

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 **ADICIONA** el numeral segundo de la Sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de junio de 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por el señor RODRIGO ACEVEDO SUAREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. en el sentido de condenar a Colfondos S.A. a que traslade también los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales causados en vigencia de la afiliación, la cual se cumplió en dos períodos, del 01 de agosto de 2000 al 29 de febrero de 2008 y del 01 de mayo de 2009 a la fecha y para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. el traslado de las comisiones de administración, el Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales que se generaron en vigencia de la afiliación a cada AFP, esto es Porvenir del 01 de julio de 1995 al 31 de julio de 2000 y Protección S.A. (ING) del 01 de marzo de 2008 al 30 de abril de 2009.

2.- Se **CONFIRMA** en las demás partes, la Sentencia de Primera Instancia.


3.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones, se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526 para cada AFP.

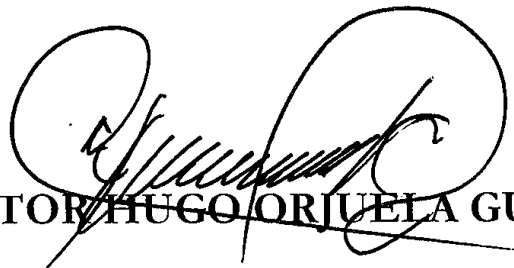
4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior queda notificados a las partes por ESTADOS, de conformidad con el artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

La presente sentencia fue notificada por estado No.**015** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 1 de febrero de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario