



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-017-2019-00330-01
Demandante: Miryam del Carmen Vásquez Acevedo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Colfondos S.A
Asunto: Apelación y Consulta
Procedencia: Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación 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, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuestos por los señores apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, el 20 de octubre del 2020, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora MIRYAM DEL CARMEN VÁSQUEZ ACEVEDO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS. Radicado 05001-31-05-017-2019-00330-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora MIRYAM DEL CARMEN VÁSQUEZ ACEVEDO, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado y/o de la afiliación realizada a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., por haberse obtenido de forma engañosa y sin la asesoría oportuna, suficiente y adecuada, declarando como consecuencia que los traslados no producen efectos y que la actora siempre estuvo vinculada a Colpensiones, ordenando a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones y ésta a recibir, todos los aportes, incluyendo los rendimientos, sin descontar gastos de administración, ni cuotas por seguros previsionales; condenar a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., a título de perjuicio, a que cancelen a Colpensiones, el cálculo actuarial, para que ésta pueda reconocer la pensión de vejez; se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a la accionante, por cumplir con los requisitos de la Ley 797 del 2003; se condene a las demandadas, de manera individual, solidaria o conjunta, a reconocer el retroactivo, desde el 30 de junio del 2017, a título de perjuicio, con los intereses moratorios o la indexación. De manera subsidiaria solicita se ordene a Porvenir S.A., a título de perjuicios, a hacer el estudio de la pensión de vejez de la accionante, en los términos en los que la obtendría en el Régimen de Prima Media y que, una vez analizada la prestación, bajo las normas del Régimen de Prima Media y del Régimen de Ahorro Individual, si se observa más favorable el primero de ellos, la AFP reconozca con su patrimonio, el excedente de las mesadas pensionales.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la actora nació el 30 de julio de 1960, habiéndose afiliado a Colpensiones,

desde el 14 de julio de 1983, vinculándose posteriormente al Departamento de Antioquia, Dirección Seccional de Salud, como auxiliar de enfermería, desde el 20 de enero de 1986 hasta el 15 de abril de 1996, para un total de 526.57 semanas. Explica que estando en el Departamento de Antioquia, asistieron asesores de Colfondos, quienes sin ahondar en explicación y/o asesoría suficiente, la convencieron de que se trasladara, sin indicarle como se construiría la pensión, ni le hicieron comparativos, diciéndole que el ISS se iba a acabar, que de no trasladarse perderían el tiempo cotizado en Colpensiones, que obtendría la misma mesada pensional que en Colpensiones y que si fallecía y no tenía beneficiarios, sus aportes serían devueltos a los herederos, trasladándose a Colfondos el 19 de marzo de 1996. Continúa indicando que se trasladó a Porvenir S.A., en abril de 1999, por creer en uno de sus asesores, sin que existiere una asesoría previa, precisando que cuando iba a llegar a la edad pensional, solicitó a Porvenir S.A. le realizara proyección pensional, indicándosele que la prestación correspondería al salario mínimo, siendo inferior respecto de la que obtendría en Colpensiones.

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, así como la afiliación de la misma al extinto ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; petición de lo no debido; improcedencia de intereses moratorios; buena fe de Colpensiones; prescripción; compensación indexada; imposibilidad de condena en costas y la innominada.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, aseveró que el traslado realizado por la actora, se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose

además la debida asesoría, explicando que para la fecha del traslado, no existía obligación de emitir proyección pensional y ello en razón a que cualquier simulación que se hiciera, se haría con base a datos presuntos, haciendo hincapié en el hecho de que en la firma del documento, no medió error, fuerza o dolo, que invalidara el consentimiento de la accionante.

Y como excepciones presentó las 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.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.**, aseveró que la accionante suscribió el formulario de afiliación a su representada, de manera libre y voluntaria, con el consentimiento informado, teniendo en cuenta que la AFP le informó que el valor real de la pensión, sería determinado una vez se cumplieran con los requisitos para acceder a la misma. Agrega que la entidad siempre ha capacitado a los asesores en ambos regímenes, a efectos de que brinden a los potenciales afiliados, una asesoría integral en el régimen de pensiones.

En su defensa formuló 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; inexistencia de perjuicios e inexistencia de intereses moratorios.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 20 de octubre del 2020, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A. y su posterior movilidad a Porvenir S.A.; condenó a Porvenir S.A. a trasladar a

Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la Sentencia, los recursos de la cuenta de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como si hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media, ordenando a Colpensiones, proceder con el recibo de estos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la accionante; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media y al reconocimiento de la pensión de vejez, atendiendo a las disposiciones de la Ley 797 del 2003, a partir del retiro efectivo del servicio, con el IBL del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, por 13 mesadas, autorizando a Colpensiones realizar los descuentos en salud; condenó en costas a Colfondos.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones

La apoderada de la entidad de seguridad social interpone el recurso de apelación en contra de la Sentencia, solicitando al Superior, se modifique lo relacionado con el traslado de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con base en el principio de estabilidad financiera y que se ordene a las AFP, el traslado de la totalidad de los valores recibidos, con las cuotas de administración, reaseguros y seguros previsionales, los cuales no fueron reconocidos, dejando en firme el traslado de los rendimientos financieros, con todos sus frutos e intereses, los que deben ser indexados, debiendo asumirlos los fondos privados, con cargo a sus propios recursos, según el precedente judicial, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en Sentencia SL 4964 del 2018, SL 1688 del 2019, pues la estabilidad financiera del sistema, no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

Porvenir S.A.

El apoderado de la AFP, interpone el recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente la decisión, teniendo en cuenta que al momento de realizarse la afiliación de la demandante, la reglamentación existente respecto al deber de información, no abarcaba tantos aspectos, como si los abarca ahora el deber de buen consejo y de asesoría, bastando para la época, que su representada diera una asesoría de manera verbal, según el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, siendo claro que la AFP entregó a la actora, la información del Régimen de Ahorro Individual, en diferentes momentos, de forma personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y luego con el lleno del formulario, el cual es firmado y revisado por la Superintendencia Financiera de Colombia y sus requisitos se encuentran en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Expresa que, en el interrogatorio de parte, la misma demandante manifestó que sí fue asesorada, cuando informó que sabía que los aportes eran heredables y se le solicitó a la a quo, aplicara el artículo 205 del CGP, en el sentido de que la accionante tenía un documento en su poder, el cual contenía información, que lleva a que la accionante faltara a la verdad y omitió contarla, respondiendo “no” a las preguntas, sabiendo que esta si conocía esa información.

Reitera que el soporte documental de la asesoría, era el formulario de afiliación, no existía el deber legal de guardar información documental sobre la información brindada, no pudiendo obligarse a lo imposible, ni a traer soportes legales que no eran obligatorios para la fecha. La obligación del buen consejo, incluso la de desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores, surgidas a partir de los años 2010 y 2014, ello fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las Sentencias SL 1688, 1689 y 3464 del 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación, mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. Anota que los traslados horizontales que realizó la actora, denotan aún más, la voluntad

de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual y esto no convalida ni subsana, pero si es un indicio de que la demandante quería pertenecer al RAIS.

Aduce que se pueden derivar perjuicio, de la decisión del traslado, ya que los aportes fueron disminuyendo en el tiempo, lo cual es un factor del mercado, es un factor externo que no puede ser oponible a Porvenir, entonces, como la misma actora lo informó, ella recibió la asesoría, debiendo el afiliado, someterse a las consecuencias de su decisión, ya que puede verse beneficiado o perjudicado, por variables que pueden acarrear mayores o menores réditos.

Por lo anterior, solicita no revoque la declaratoria de ineficacia de la afiliación, pero, en caso de confirmarse la decisión, solicita se absuelva a su representada de la obligación de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales, pues estos fueron trasladados a terceros de buena fe, esto es, las aseguradoras; y las comisiones de administración fueron necesarias, debido a la excelente gestión de los recursos por parte de la AFP, solicitud que sustenta en los Decretos 1883 de 2017, 3995 del 2008 y en la Sentencia C 1024 del 2004.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la demandante, de Colpensiones y de Porvenir. La apoderada de la accionante, solicitando se confirme la decisión adoptada en primera instancia, por cuanto, explica, es clara la jurisprudencia al indicar, que las AFP deben acreditar haber suministrado la información requerida por la afiliada, en la cual se explicaran las diferencias entre ambos regímenes, carga que no lograron cumplir en este caso en particular.

Por su parte, el apoderado de la codemandada Colpensiones, solicita se modifique la decisión de primera instancia, ello por cuanto se pudo constatar, en el trámite del proceso, que Porvenir y Colfondos, le dieron plena información a la demandante, sobre lo que implicaba su traslado, debiéndose

tener en cuenta que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad mínima pensional, por lo que no podría regresar a su representada, agregando que, de aceptarse el traslado, se violaría el principio de sostenibilidad financiera. Agrega que, en caso de confirmarse la decisión, solicita se ordene a las AFP, reintegrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la reclamante, los aportes al fondo de garantía mínima, los rendimientos, anulación de bonos pensionales, los aportes a seguros previsionales y los gastos de administración, todo debidamente indexado.

Finalmente, el apoderado de Porvenir S.A., solicitó se revocara la decisión de la a quo, por cuanto no se debió declarar la ineficacia, ya que el traslado de la accionante, se realizó sin apremios, cumpliendo la AFP, con su deber de información, dado que, para la época del traslado, no era obligación de las administradoras, documentar la asesoría dada a los potenciales afiliados, sin que tampoco existieran las obligaciones de buen consejo y de doble asesoría.

Solicita que, si se confirma la Sentencia, se revoque la misma en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración, los seguros previsionales y toda suma diferente a la cuenta de ahorro individual, ello por cuanto dichos conceptos tienen una destinación específica, descuentos que han cumplido su cometido en este caso.

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 demandante nació el 30 de julio de 1960, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 17 del plenario.
- Que la accionante laboró como auxiliar de enfermería en Yolombó, desde el 20 de enero de 1986 hasta el 15 de abril de 1996, resaltándose que el tiempo del 20 de enero de 1986 al 29 de febrero de 1996, estuvo a cargo de la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia –ver folios 23 y 2
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colfondos S.A., el 19 de marzo de 1996, con fecha de efectividad el 1º de mayo de 1996; a Colpatria el 3 de marzo de 1999, con fecha de efectividad el 1º de mayo de 1999, de conformidad con los formularios obrantes a folios 38 y 344, así como de la información extraída del formulario del SIAFP obrante a folio 186 del plenario.
- Que la accionante acredita un total de 1304 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral de Porvenir S.A., generada el 19 de octubre del 2020, obrante a folios 565 a 579 del expediente.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante a Colfondos S.A. y el traslado posterior entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad?

¿Es procedente ordenar a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., el traslado de las cuotas de administración, porcentajes de seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como consecuencia de la declaración de ineficacia?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado 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, en consecuencia, la sentencia debe ser ADICIONADA en su numeral segundo, en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A., trasladar también las comisiones de administración y los porcentajes de seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante; en igual sentido, deberá adicionarse la sentencia, a fin de ordenar a COLFONDOS S.A., que traslade a Colpensiones las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de Seguros Previsionales, generados durante la vigencia de la afiliación de la actora a dicha entidad, esto es, del 1º de mayo de 1996 al 30 de abril de 1999.

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:

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 03 de septiembre de 2014	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de 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	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>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.</p>
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>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.</p>
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información</p> <p>Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones</p>
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	<p>ACLARATORIA</p> <p>El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible.</p> <p>No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del precedente.</p>
SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	<p>CONFIRMATORIA –</p>
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	<p>CONFIRMATORIA-</p> <p>Imprescriptibilidad de la Acción</p> <p>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</p>
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	<p>CONFIRMATORIA-</p>
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	<p>CONFIRMATORIA-</p>
SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	<p>CONFIRMATORIA-</p>
SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.</p>

SL1611 del 01 de julio de 2020	CONFIRMATORIA
SL2877 del 29 de julio de 2020	CONFIRMATORIA Efectos de la ineficacia.

A los pronunciamientos anteriores 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 señora Miryam del Carmen Vásquez Acevedo, a través de la AFP COLFONDOS S.A., el 19 de marzo de 1996, con fecha de efectividad el 1º de mayo de 1996; y a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 3 de marzo de 1999, con fecha de efectividad el 1º de mayo de 1999, de conformidad con los formularios obrantes a folios 38 y 344, no obstante, los mismos no dan 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 *“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.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Colpatria hoy Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, razón por la cual no está llamado a prosperar el recurso de alzada presentado por el apoderado de Porvenir S.A.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, la misma indicó que es auxiliar de enfermería, que cuando se trasladó fueron unos asesores de Colfondos al hospital donde laboraba, a decirles que el ISS se iba a acabar, que si no se pasaban iban a perder el tiempo que tenían cotizado, que ella se trasladó a Colfondos por la información que le dieron y porque ese fue el primer fondo que los visitó, pero no le explicaron las características del fondo. Ahora, frente al traslado a Colpatria, aseveró que se dio porque le ofrecieron mejores garantías, le dijeron que tenía mejor respaldo económico que Porvenir, pero el asesor tampoco le dio explicaciones, ni ha recibido ninguna otra asesoría, actualmente está trabajando en el Hospital San Rafael de Yolombó, está en carrera administrativa. Al Hospital solo fueron Colfondos y Colpatria, ambos fondos decían que el ISS se iba a acabar y que podrían perder el tiempo que ya tenían cotizados. No le hablaron de rendimientos, ni de pensión anticipada, no conoce los requisitos para pensionarse en el fondo privado, pero tiene conocimiento de la heredabilidad de la pensión. Cuando le faltaba poco tiempo para pensionarse preguntó con cuanto se iba a pensionar

y le dijeron que con el salario mínimo, pero ella con eso no vive y además ella nunca se ha ganado un salario mínimo. Ella no leyó el formulario de Porvenir, a ella le llenaron el formulario y lo firmó.

Ahora, en el interrogatorio la demandante tenía en su poder un documento, el mismo que, frente al cuestionamiento realizado por la a quo, de manera inicial dijo que era un documento que estaba en la oficina, pero luego, frente a la insistencia de la falladora, lo muestra, alcanzándose a evidenciar que en el mismo, de manera ilegible, tenía anotada información relacionada con la audiencia, luego, de manera ágil, la actora arranca un pedazo del documento, negando luego que hubiera dañado el papel, confesando, posteriormente, que fue ella quien anotó cosas en el papel, la noche anterior, porque no estaba familiarizada con la audiencia, anotando en el mismo la fecha de nacimiento y la dirección de la casa, así como el año en que se trasladó al fondo, precisando que nadie le dio esa información, que ella sola se puso a recordar lo sucedido, solicitando el apoderado de Porvenir, se de aplicación al artículo 205 del CGP, relacionado con la confesión presunta.

Si bien es cierto la conducta procesal de la demandante en el interrogatorio no resulta transparente, coincide esta instancia con la decisión de la a quo, en cuanto a que, aunque la demandante leyó algunas afirmaciones que tenía anotadas en una hoja, no se deducía de ello una confesión presunta, considerando que claramente no se acreditó el deber de información por parte de la AFP.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Colfondos S.A. y Porvenir S.A., a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, sin que sea posible declarar la imposibilidad de traslado de régimen, conforme lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal 3 de la Ley 100 de 1993.

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, los gastos de administración, ni 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 ninguna 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 Porvenir S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al 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 SU062 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 accionante, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 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.”

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, no se encuentra ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe ADICIONARSE el fallo, para ordenar a Porvenir S.A., trasladar también los gastos de administración y los porcentajes de seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante.

En igual sentido, deberá adicionarse la sentencia, a fin de ordenar a Colfondos S.A., que traslade a Colpensiones las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de Seguros Previsionales, generados durante la vigencia de la afiliación de la actora a dicha entidad, esto es, del 1° de mayo de 1996 al 30 de abril de 1999.

Pensión de vejez

En relación con este problema jurídico, debe indicar la Sala, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición pensional, toda vez que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 33 años de edad, puesto que nació el 30 de julio de 1960, sin contar tampoco con los 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, por cuanto contaba con 69.14 semanas, más un tiempo laborado como auxiliar de enfermería en Yolombó, desde el 20 de enero de 1986 hasta el 29 de febrero de 1996, tiempo que estuvo a cargo de la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia –ver folios 23 y 25-. Así las cosas, la norma a aplicar es el artículo 9 de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debiendo contar la demandante con 57 años y con 1300 semanas, que es el número mínimo de semanas exigidas.

Revisada la prueba documental obrante en el plenario, encuentra la Sala que la demandante cuenta con 1304 semanas cotizadas en toda su vida laboral, tal y como se desprende de la historia laboral expedida por la demandada y que obra a folios 565 a 579 del expediente, por lo tanto, la misma supera el requisito de las 1300 semanas de cotizaciones mínimas exigidas; aunado a lo

anterior, la demandante cumplió la edad mínima requerida para acceder a la pensión, esto es, los 57 años, el 30 de julio del 2017.

Explicado lo anterior, es menester precisar que no es posible entrar a liquidar la cuantía de la prestación a reconocer, por cuanto la demandante, a la fecha, continúa laborando, tal y como lo aceptó la misma, en su interrogatorio de parte, por lo tanto, se confirma la decisión en este punto.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

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 por el Juzgado Diecisiete Laboral de Circuito de Medellín, el 20 de octubre de 2020, en el proceso ordinario instaurado por la Señora MIRYAM DEL CARMEN VÁSQUEZ ACEVEDO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., trasladar también las comisiones de administración y los porcentajes de seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante; en igual sentido, deberá adicionarse la sentencia, a fin de ordenar a COLFONDOS S.A., que traslade a Colpensiones las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las

cuotas de Seguros Previsionales, generados durante la vigencia de la afiliación de la actora a dicha entidad, esto es, del 1° de mayo de 1996 al 30 de abril de 1999.

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

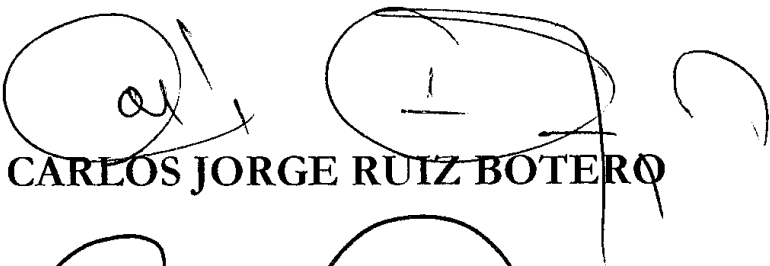
3.- Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., se fijan agencias en derecho en la suma de \$877.803.

4.- Se ordena la devolución del expediente 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