



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-010-2019-00002-01
Demandante:	Carolina Arango Vargas
Demandado:	Porvenir S.A. y Protección S.A.
Litisconsorte facultativo:	Colpensiones
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, abril veintitrés (23) 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 las señoras apoderadas de Porvenir S.A., Protección 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 Décimo Laboral del Circuito de Medellín, el 1° de diciembre del año dos mil veinte, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora CAROLINA ARANGO VARGAS en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Radicado 05001-31-05-010-2019-00002-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora CAROLINA ARANGO VARGAS, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado que hizo del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., por falta de consentimiento informado; se declare la ineficacia del traslado realizado a Protección S.A.; se declare que la actora se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones; se ordene el traslado inmediato de la demandante a Colpensiones; se ordene el traslado de la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual en Protección S.A. y en los demás fondos, junto con las cotizaciones obligatorias y voluntarias, rendimientos, bonos, sumas adicionales, frutos e intereses; se ordene a Colpensiones que permita el traslado de la actora.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la demandante nació el 7 de enero de 1964, en 1995, fue contactada en su trabajo, Flórez Arango Cosméticos Ltda., por promotores de Horizonte hoy Porvenir S.A., quienes le aseguraron que le convenía trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, pues podría adquirir una mesada más cuantiosa y antes de la edad mínima, que el ISS se iba a acabar, sin hablarle de las características del Régimen de Ahorro Individual, trasladándose el 17 de junio de 1995, con efectividad el 1º de julio de la misma anualidad. Luego, asesores de Protección S.A., le indicaron que con ellos obtendría una mesada superior a la que podría recibir en cualquier otro fondo, trasladándose la hoy reclamante a dicha

entidad, el 4 de junio del 2009, el 29 de junio del 2017, atendiendo a una petición de información radicada por la misma, la AFP procedió a realizarle proyección pensional, indicándosele que a los 57 años, la pensión ascendería a \$1.430.681, mientras que en Colpensiones sería de \$3.846.035.

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, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad de traslado de régimen pensional; inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al Régimen de Prima media por falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas; la genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A**, aseveró que no es cierto que al momento de la vinculación a su representada, se le hubiere prometido a la demandante, una mesada pensional mayor en este régimen, por cuanto al momento de la asesoría se realizan las proyecciones pensionales en ambos regímenes, con el fin de determinar el panorama de las mesadas, no pudiéndose prever con exactitud, el monto con el cual se podría pensionar, siendo asesorada en forma responsable, diligente y suficiente.

Como excepciones presentó las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa; la innominada o genérica.

Finalmente **PORVENIR S.A.**, aseveró que a la demandante se le brindó una asesoría completa y detallada, sobre las características y condiciones del Régimen de Ahorro Individual y sus diferencias respecto del Régimen de Prima Media, explicándosele que el monto de la pensión, dependía directamente del afiliado.

En su defensa formuló las excepciones de prescripción falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 1° de diciembre del 2020, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de la actora a Porvenir S.A. y a Protección S.A., entendiéndose que la misma ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media de manera permanente y sin solución de continuidad; ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los aportes que ha realizado la demandante, existentes en su cuenta individual, con los rendimientos y las comisiones; ordenó a Colpensiones, reactivar la afiliación de la accionante, sin solución de continuidad y una vez recibidos los recursos, validar su equivalencia en semanas de cotización y finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

La apoderada de la AFP interpuso el recurso de apelación en contra de la providencia, por no encontrarse conforme con la decisión de ineficacia, toda vez que para la fecha del traslado, los fondos no tenían la obligación de

brindar la información en la forma en que hoy se precisa por parte del Juez, en efecto, la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el concepto 2015 23910002, plateó que el deber de asesoría, solo fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, Ley 1328 del 2009.

Arguye que si bien conoce el principio de carga dinámica de la prueba en los procesos como el presente, en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso y el acatamiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que su representada se aparta del mismo, al considerar que dicha carga probatoria constituye una prueba diabólica, siendo un absurdo imputarle una carga probatoria a la entidad, frente a hechos que ocurrieron hace tantos años.

Agrega que desde la fecha del traslado hasta hoy, ha transcurrido el tiempo suficiente para impedirle a la AFP, la recolección del material probatorio, que permita demostrar la calidad de la información que le suministró a la actora y no puede pasarse por alto que si bien existía un deber de información desde la expedición de la Ley 100 de 1993, con el Decreto 720 de 1994, dicha información no debía consignarse por escrito, salvo que quedara una constancia de que la afiliación se había realizado de manera libre y voluntaria, lo que quedó demostrado con el formulario de afiliación.

Protección S.A.

La apoderada de la entidad presentó apelación frente a la sentencia, solicitando se revoque la misma, en lo relativo con condenar a la AFP a trasladar la comisión de administración, en tanto tal comisión viene unida a la prima de seguros previsionales, que son un conjunto de gastos de administración, descuentos que están legalmente autorizados por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003, que autoriza a los fondos de pensiones para realizar la deducción del 3%, sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados.

Anota que el descuento del 3% se utiliza para pagar la cuota de administración y los seguros previsionales operan en ambos regímenes; con la condena impuesta, consistente en devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos y lo descontado por comisión de administración, se estaría presentando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte actora y adicionalmente se le están trasladando los rendimientos de la cuenta, que son fruto de la buena administración realizada por Protección S.A., por lo que ésta tiene derecho a conservar esta comisión, como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

Indica que frente a la prima del seguro previsional, ésta ya fue girada para que, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara la suma adicional, inclusive, la prima ya fue cancelada mes a mes durante todos estos años que la actora ha estado afiliada a su representada, además, afirma que también se debe tener en cuenta que la compañía de seguros es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la actora y Protección, sin embargo, resalta que frente al cobro de esa comisión de administración, opera la prescripción.

Finaliza solicitando se revoque parcialmente la decisión, absolviendo a la entidad de la obligación de trasladar a Colpensiones la comisión de administración y solo se ordene el traslado de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y lo correspondiente al fondo de garantía mínima.

Colpensiones

La apoderada de la entidad de seguridad social presentó recurso de apelación solicitando se revoque lo decidido por el a quo, por cuanto no le asiste derecho a la actora al cambio de régimen, toda vez que se encuentra inmersa en la restricción de edad, contemplada en el literal e) del artículo 2 de la Ley

797 del 2003, por cuanto el interés de este proceso, no es otro que la disparidad en cifras, conforme se indica en la declaración rendida por la accionante, hecho que no constituye un vicio o causal para declarar la ineficacia del acto o contrato suscrito entre las partes.

Expresa que las entidades de seguridad social no solo se sujetan a las condiciones del contrato de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional, que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social, en este caso, la responsabilidad de las AFP, por la ineficacia de un traslado, no solo se debe enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños que comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los afiliados al Régimen de Prima Media, que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional y que si bien es cierto la jurisprudencia ha indicado que a la entidad no se le exige la equivalencia del ahorro, no es menos cierto que tal reparo económico lo debe sufrir quien ha causado el daño, en este caso, Protección y Porvenir, debiendo tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera y la posición asumida por la Corte en estos casos, que quebranta este principio.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y la demandante. La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión, tomando como sustento para ello, el hecho de que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, siendo claro como el juzgamiento de la conducta de los fondos, con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola el debido proceso de Colpensiones. Expresa que, en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, solicita se ordene la devolución de todos los aportes de la demandante, debidamente indexados, junto con el reintegro de todos los dineros, esto es, los recursos de la cuenta de ahorro

individual, las cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos financieros, bonos, seguros previsionales y cuotas de administración.

El apoderado de Porvenir S.A, afirmó que no se acreditó en este proceso, la existencia de algún vicio del consentimiento en el cambio de régimen de la demandante, ya que ninguno de los presupuestos legales se alegó ni probó, mencionando que el formulario de afiliación es un documento que se presume válido, por lo que la accionante ha estado vinculada a su representada, producto de una decisión libre e informada, sin que se deba ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Agrega que con la conducta de la accionante, consistente en permitir el descuento de los aportes dirigidos a la AFP, se demuestra su voluntariedad en permanecer en dicho régimen.

Por su parte, la apoderada de la accionante indicó que se puede concluir que Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., no demostró que cumplió con el deber de información, sin tener sentido hacer un análisis del traslado de la demandante a Protección S.A, por cuanto si el traslado al Régimen de Ahorro Individual es ineficaz, esto comprende los traslados realizados dentro del mismo, debiendo devolver Protección S.A. los valores cobrados a título de cuotas de administración, comisiones, sumas adicionales de seguros y los aportes para pensión de garantía mínima.

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 7 de enero de 1964, tal y como se desprende de la copia de la cédula, obrante a documento 02.expediente ordinario laboral expediente digital folio 16-.
- Que la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., el 17 de junio de 1995, con fecha de efectividad el 1º de julio de 1995, de conformidad con el formulario obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral expediente digital folio 21; a Protección S.A. el 4 de junio del 2009, con fecha de efectividad el 1º de agosto de 2009, de conformidad con el formulario obrante en el documento a folio 39 ibídem y con el certificado expedido por SIAFP, obrante en el mismo documento, folio 257.
- Que la accionante acredita un total de 1342.15 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., el 8 de abril del 2019, obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral expediente digital folios 261 a 277.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala si:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por el señor Juez Décimo Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A. y luego Protección S.A., efectuado por la demandante?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Protección S.A., el traslado de las cuotas de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas de seguros previsionales?

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 de la demandante, en consecuencia, la sentencia debe ser ADICIONADA en el numeral segundo, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., el traslado a Colpensiones de los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por 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 PORVENIR 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 AFP, esto es, del 1° de julio de 1995 al 31 de julio del 2009, CONFIRMÁNDOLA 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 1° 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	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 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 Carolina Arango Vargas, a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., el 17 de junio de 1995, con fecha de efectividad el 1º de julio de 1995, tal como se acredita con el formulario obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral expediente digital folio 21 y a Protección S.A. el 4 de junio del 2009, con fecha de efectividad el 1º de agosto de 2009, de conformidad con el formulario obrante a folio 39, 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 Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, así como tampoco se acreditó el cumplimiento a dicho deber por parte de Protección S.A.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que es psicóloga, que trabaja en una empresa distribuidora de cosméticos, que a la empresa llegó un asesor de Horizonte y citaron a todo el personal, les explicó que el ISS tenía muchos problemas, el rumor era que se iba a quebrar, que se podían perder las semanas, que el fondo era muy sólido y estable, que les aseguraban que iban a tener una muy buena pensión, el contador de la empresa preguntó qué iba a pasar con las semanas anteriores y le respondieron que ellos las trasladaban y no se perdían, entonces ella se pasó, aclarando que no les dieron información detallada. Afirmó que luego fue un asesor de Protección, que les dijo que ese fondo era muy sólido, que si fallecían el dinero no se perdía y lo heredaban los hijos y esa fue su motivación para trasladarse, precisando que no recibió reasesoría alguna.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no

era posible una decisión distinta a la adoptada por el funcionario de primera instancia.

Sobre los efectos de la ineficacia

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Protección S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) artículo 32 de la ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme

al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la 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.”

En la misma providencia se pronunció la Alta Corporación, en torno a la procedencia de extender la obligación de devolución a todas las AFP a las cuales haya estado vinculado el afiliado *“los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión.”*

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por el fallador primario, se encuentra parcialmente ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe ADICIONARSE el numeral segundo del fallo, para ordenar a Protección S.A., trasladar también las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante.

En igual sentido, deberá adicionarse la sentencia en el mismo numeral, a fin de ordenar a Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones los gastos 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 julio de 1995 al 31 de julio del 2009, anotando que estos valores son un componente de la cotización y por lo tanto son imprescriptibles, por estar llamados a financiar la pensión en el Régimen de Prima Media.

Finalmente se tiene que, con la orden dada a las AFP, consistente en que devuelvan los anteriores conceptos a Colpensiones, se está garantizando que ésta perciba todos los recursos necesarios, a efectos de garantizar la futura pensión de la accionante, sin que se vea afectada en su patrimonio, procurando con estas órdenes, que no se presente afectación al principio de sostenibilidad financiera de la entidad de seguridad social.

Costas en esta instancia a cargo de las codemandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones.

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 y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **ADICIONA el numeral segundo** de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Décimo Laboral de Circuito de Medellín, el 1º de diciembre del 2020, en el proceso ordinario instaurado por la señora CAROLINA ARANGO VARGAS en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar también las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante; en igual sentido, **SE ADICIONA** el mismo numeral, a fin de ordenar a PORVENIR S.A., que traslade a Colpensiones los gastos 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 julio de 1995 al 31 de julio del 2009.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de la parte codemandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526, a cargo de cada una de ellas.

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 providencia fue notificada por estado No. **69** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 26 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario