



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05360-31-05-001-2019-00225-01
Demandante:	Beatriz Elena Ochoa Ospina
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, mayo siete (7) 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. y Colfondos, así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí, el 15 de marzo del año 2021 en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora BEATRIZ ELENA OCHOA OSPINA en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Radicado 05360-31-05-001-2019-00225-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora BEATRIZ ELENA OCHOA OSPINA, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, pretendiendo se declare que Porvenir S.A. y Colfondos S.A., la engañaron, para trasladarla de régimen; se declare la ineficacia de su traslado y se ordene la inmersión en el Régimen de Prima Media; se condene a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones, bonos, etc., con los rendimientos; se condene a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a que paguen de su patrimonio, los dineros que por concepto de descuentos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003, fueron extraídos de las cotizaciones de la accionante, dineros que iban destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, prima de reaseguro de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, todo indexado; se condene a Colpensiones a recibir el dinero trasladado por las AFP; se condene a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a cancelar, como indemnización de perjuicios morales, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y su indexación. De manera subsidiaria se declare que Porvenir S.A. y Colfondos S.A., engañaron a la actora, debiendo cancelar como indemnización de perjuicios materiales, la pensión de vejez, aplicando los requisitos del Régimen de Prima Media; indemnización de perjuicios morales por 100 salarios mínimos y su indexación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la demandante nació el 7 de octubre de 1965, el 26 de agosto de 1994, un asesor de Colfondos S.A., le manifestó que debía afiliarse a ese fondo, porque el ISS iba a desaparecer, mientras que en la AFP privada tendría asegurada su

pensión, le indicó que los fondos privados tenían las mismas garantías, amén que la pensión era heredable y que el monto de las prestaciones a reconocer, era más alto que el ofrecido en el Régimen de Prima Media, información que fue ratificada por Porvenir S.A., el 7 de septiembre del 2009, donde le indican que con ellos tenía garantizada la pensión, la que sería más alta, sin que se le explicaran las características de los regímenes.

Agrega que Porvenir S.A., en respuesta a petición presentada por la actora, le indicó que su mesada a los 60 años sería de \$2.146.700, mientras que en Colpensiones, equivaldría a \$7.614.700. De igual forma se narra que la actora se encuentra en una profunda crisis emocional, relacionada con todo el tema de su pensión.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, 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 buena fe de Colpensiones; prescripción; la innominada e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, aseveró que la accionante se afilió a su representada, por su propio consentimiento, no porque se le hubiere afirmado que el Régimen de Prima Media y el ISS, se iban a acabar, explicando que mirar las cosas en retrospectiva, 25 años después de la afiliación inicial, resulta desacertado, para efectos de valorar las decisiones tomadas por la reclamante, agregando que el asesor le explicó todas las características de ambos regímenes; frente a las aflicciones que aduce está padeciendo la accionante, afirma que no le constan.

Como excepciones presentó las 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; ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada; ausencia de prueba efectiva de daño-inexistencia del daño alegado y la innominada o genérica.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.**, aseveró que no es cierto que el asesor de la entidad no le hubiere explicado a la demandante los pro y los contra de la decisión que debía de tomar, ya que se le presentaron las ventajas y desventajas de cada régimen, siendo la accionante quien de manera libre y voluntaria, tomó la decisión de trasladarse, una vez valoró la información que le fue suministrada.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de obligación alguna frente a la entidad; no inversión de la carga de la prueba; no existió ningún vicio en el consentimiento al firmar su afiliación; la parte demandante incumplió su deber de informarse; no podría solicitarse el lucro cesante; inexistencia de la demostración de los elementos de la responsabilidad civil; competencia para conocer de la indemnización de perjuicios es de la jurisdicción civil; la AFP Colfondos S.A. no es poseedora de los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro individual que administra; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación; inexistencia de obligación legal de realizar cálculos comparativos y de guardar dichos documentos; saneamiento de la nulidad relativa por rescisión de la acción alegada por la parte demandante aduciendo que fue inducida a un error; no puede predicarse que hubo un engaño cuando no se cumplen las expectativas de la parte demandante en la proyección del valor de la mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual; el error de derecho no vicia el consentimiento; no puede endilgársele a la AFP que engañó a la parte actora cuando hay cambios normativos en la financiación de la pensión con posterioridad a la afiliación al

fondo de pensiones; el fondo cumplió con su obligación de trasladar todos los aportes realizados en el fondo de pensiones obligatorias que administra; libertad en la selección de régimen; prescripción; pago y compensación; buena fe y la genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 15 de marzo del 2021, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora al Régimen de Ahorro Individual, el 26 de agosto de 1994; condenó a Porvenir S.A. a trasladar el capital, con sus rendimientos financieros a Colpensiones, así como a devolver todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, así como los descuentos que realizó para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, traslados que deben ser asumidos por Porvenir S.A., con cargo a sus propios recursos, debiendo trasladar a Colpensiones los dineros que reposen en la cuenta, incluyendo las cotizaciones y sin lugar a los descuentos por los conceptos antes aludidos, por el período durante el cual la accionante ha permanecido afiliada a dicho fondo, esto es, entre el 7 de septiembre de septiembre de 2009 y hasta la fecha en que se realice el traslado; Colfondos S.A. responderá ante Colpensiones por los descuentos para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, mientras la demandante estuvo afiliada, esto es, entre el 26 de agosto de 1994 y el 6 de septiembre de 2009, sumas que deberán ser indexadas al momento de su depósito en Colpensiones, advirtiendo que si la sumatoria de todos los conceptos a trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal más los rendimientos generados en caso de que la demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, serán Colfondos S.A. y Porvenir S.A., quienes asuman la diferencia, en proporción al período de afiliación; ordenó a Colpensiones a recibir los valores aludidos y a incorporarlos como aportes o cotizaciones, en la historia laboral de la

demandante; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones; declaró prósperas las excepciones propuestas por Colfondos S.A. y Porvenir S.A. de inexistencia de la demostración de los elementos de la responsabilidad civil y ausencia de prueba efectiva de daño y finalmente condenó en costas a las AFP privadas.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos S.A.

La apoderada de la AFP interpuso el recurso de apelación en contra de la providencia, frente a la orden consistente en descontar los aportes para garantía de pensión mínima, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, resaltando que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP, por los aportes que ingresan a las cuentas de los afiliados, sobre cada aporte realizado por la actora, la AFP descontó un 3% para cubrir gastos de administración y para pagar el seguro previsional, descuentos que se encuentran autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003 y que opera en ambos regímenes, es decir, se realizó con base en una disposición legal, válida, vigente y exequible, no siendo correcto que las cuotas de administración sean devueltas, por cuanto las mismas no sirven para financiar la pensión de vejez de la hoy reclamante.

Trae a colación lo indicado en el artículo 37 del Decreto 692 de 1994, que hace referencia a que las AFP deberán llevar cuentas individuales destinadas a los gastos de administración y a los aportes de los afiliados, pudiendo contratar los seguros de invalidez y sobrevivientes que requieran.

Asevera que por concepto del pago al fondo de garantía de pensión mínima, tampoco puede devolverse dinero alguno, pues éste se paga mes a mes, dineros que son destinados para contribuir con terceros que no cumplieron con los requisitos mínimos para generar el derecho a la pensión, por lo que la

entidad no tuvo provecho alguno de este valor. Así mismo, tampoco hay lugar a descontar lo que se hubiere pagado por el seguro previsional, pues con cada aporte realizado por la demandante, una parte de este dinero se destina para este fin, por lo que la entidad no fue poseedora de estos valores.

Porvenir S.A.

La apoderada de la entidad presentó recurso de apelación indicando que si bien no desconoce 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 perversa, por cuanto 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 663 de 1993 y el Decreto 720 de 1994, dicha información no se exigía 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.

Expone que en caso de que el superior decida confirmar la decisión en la relativo con la declaratoria de ineficacia, solicita se revoque la orden impuesta con las cuotas de administración, teniendo en cuenta que la sentencia citada por el Despacho, para fundamentar su decisión, hace referencia a la devolución de aportes de manera general, sin pormenorizar los mismos, ello teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003, establece que en ambos regímenes, un 3% del IBC, se distribuirá para las cuotas de administración y para la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, lo que quiere decir que si la

demandante hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media, se hubieren realizado los mismos descuentos.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de todas las partes. La apoderada de Colfondos S.A., solicita se revoque el numeral segundo de la providencia, en cuanto se condenó a trasladar la comisión de administración, así como lo descontado por garantía de pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, ello por cuanto las comisiones de administración se encuentran autorizadas por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, haciendo hincapié en el hecho de que la administración realizada por la AFP, ha sido muy satisfactoria, sin que tampoco se pueda devolver lo pagado por garantía mínima, pues los pagos se hicieron mes a mes y fueron girados a favor de terceros.

La apoderada de Colpensiones, solicita se confirme la decisión tomada por la Juez, en cuanto se declaró a la entidad, como un tercero de buena fe y por tanto no hubo condena en costas a su cargo, e igualmente ordenó a los fondos privados, restituir la totalidad del 16% de la cotización de la demandante, entendida ésta como los rendimientos, la garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de aseguradoras y reaseguradoras, las cuotas de administración, entre otras, condenas que buscan proteger el principio fundamental de la sostenibilidad financiera del sistema.

Por su parte, el apoderado de la parte actora, solicitó se confirme la providencia de primera instancia, por cuanto quedó probado que el fondo privado no brindó la información que su deber le imponía, al momento de suscribir el formulario de afiliación, debiendo el fondo, demostrar que efectivamente analizó la situación concreta del afiliado, que ponderó los beneficios y desventajas de cada régimen y que después de ello, le informó

con claridad y precisión, todas las circunstancias particulares, los derechos comprometidos, los beneficios que perdería o los riesgos que enfrentaría en caso de trasladarse, explicando que en el caso concreto, la parte demandante demostró que la entidad demandada no cumplió con su obligación de ofrecer una asesoría en los términos indicados.

Finalmente, la apoderada de Porvenir S.A., solicita se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que el acto jurídico del traslado que realizó la accionante, se dio en forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios, suscribiendo el formulario en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna persona, por lo que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para declarar la ineficacia del acto de afiliación, así como tampoco, podría alegarse una eventual nulidad de la afiliación a la AFP. Agrega que en el evento que se confirme la sentencia, considera que no hay lugar a modificar la condena a la AFP, respecto al traslado de las cuotas de administración, por cuanto la teleología de la norma radica en que este descuento, permitido por el legislador, tiene por objeto la retribución a la labor de administración de los aportes que gestiona la administradora.

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 octubre de 1965, tal y como se desprende de la copia de la cédula, obrante a documento 01.expediente físico digitalizado folio 19-.
- Que la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colfondos S.A., el 26 de agosto de 1994, con fecha de efectividad el 1º de septiembre de 1994, de conformidad con el formulario obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral folio 46 y a Porvenir S.A. el 7 de septiembre del 2009, con fecha de efectividad el 1º de noviembre de 2009, de conformidad con el formulario obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral folio 25.
- Que la accionante acredita un total de 874 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Porvenir S.A., el 12 de marzo del 2018, obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral folios 26 a 33.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala si:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Primera Laboral

del Circuito de Itagüí, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de Colfondos S.A. y luego de Porvenir S.A.,?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A., el traslado de las cuotas de administración, los aportes al fondo de garantía mínima y los seguros previsionales?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado al RAIS, 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 MODIFICADA en el numeral segundo, en cuanto a los extremos de vigencia de la afiliación a cada AFP, esto es indicar que Colfondos S.A., deberá trasladar a Colpensiones, todos los conceptos ordenados por la a quo, que se causaron en vigencia de la afiliación de la demandante a dicha AFP, esto es, entre el 1° de septiembre de 1994 y el 31 de octubre del 2009 y Porvenir S.A., lo deberá de hacer a partir del 1° de noviembre del 2009 y en adelante, CONFIRMÁNDOLA en las demás partes.

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 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	CONFIRMATORIA Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de

noviembre de 2018.	información Inversión de la carga de la prueba hacia 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 jurisdicción ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional de la señora Beatriz Elena Ochoa Ospina, a través de la AFP Colfondos S.A., el 26 de agosto de 1994, con fecha de efectividad el 1° de septiembre de 1994, tal como se acredita con el formulario obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral folio 46 y a Porvenir S.A., el 7 de septiembre del 2009, con fecha de efectividad el 1° de noviembre de 2009, de conformidad con el formulario obrante en el documento 02.expediente ordinario laboral folio 25, 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 Colfondos 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.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que es bachiller y empresaria en el diseño de modas, que la visitaron en la oficina, diciéndole que Porvenir era mejor, explicando que por esa época el ISS se iba a acabar y que los fondos privados ofrecían mejores garantías, como lo era poderse pensionar porque con el ISS era incierto dado que estaba quebrado. Arguye que siempre los asesores se comparaban entre ellos y decían que era mejor el fondo que representaban, decían que ofrecía el mejor servicio, agregando que cree que lo que le dijo el asesor de Porvenir, era que los rendimientos serían mejores que en Colfondos, además le explicaron que los aportes los trasladaban, siendo clara en indicar que se trasladó voluntariamente y aunque acepta que el asesor de Porvenir le dijo que la pensión dependía del capital que tuviera ahorrado, niega conocer el funcionamiento del régimen. En cuanto al traslado a Colfondos, aduce que no recuerda nada, porque fue hace bastante tiempo y aduce que se dio cuenta del error que había cometido al trasladarse, cuando vio que Colpensiones no se acabó, queriendo regresar allí, porque el monto de su pensión sería más alto.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Colfondos S.A., a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la adoptada por la funcionaria 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 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, 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 la falladora primaria, se encuentra ajustada a los anteriores criterios, haciéndose necesario solo MODIFICAR la misma, en su numeral segundo, en cuanto a los extremos de vigencia de la afiliación a cada AFP, esto es indicar que Colfondos S.A., deberá trasladar a Colpensiones, todos los conceptos ordenados por la a quo, que se causaron en vigencia de la afiliación de la demandante a dicha AFP, esto es, entre el 1º de septiembre de 1994 y el 31 de octubre del 2009 y Porvenir S.A., lo deberá de hacer a partir del 1º de noviembre del 2009 y en adelante.

La anterior modificación se realiza por cuanto se evidencia que la orden impuesta por la Juez, tomó como punto de partida, la fecha de suscripción de los formularios de afiliación a las AFP demandadas y no la fecha de efectividad de los traslados, que sería la acogida por esta Sala, por cuanto es esta última, la fecha a partir de la cual la parte actora comienza a realizar las cotizaciones en pensiones en cada una de las entidades accionadas.

Costas en esta instancia a cargo de las codemandadas Colfondos S.A. y 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 **MODIFICA el numeral segundo** de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Itagüí, el 15 de marzo del 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora BEATRIZ ELENA OCHOA OSPINA en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en cuanto a los extremos de vigencia de la afiliación a cada AFP, esto es indicar que Colfondos S.A., deberá trasladar a Colpensiones, todos los conceptos ordenados por la a quo, que se causaron en vigencia de la afiliación de la demandante a dicha entidad, esto es, entre el 1° de septiembre de 1994 y el 31 de octubre del 2009 y Porvenir S.A., lo deberá de hacer a partir del 1° de noviembre del 2009 y en adelante.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de la parte codemandada COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., 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. **79** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 10 de MAYO de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario