



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-017-2020-00393
Demandante:	Libia Sánchez Cubides
Demandado:	Colpensiones 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, junio cuatro (4) 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de dicha entidad, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, el 21 de abril de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora LIBIA SANCHEZ CUBIDES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS

S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Radicado 05001-31-05-017-2020-00393-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora LIBIA SANCHEZ CUBIDES, llamó a juicio a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Colfondos S.A; se ordene su retorno a Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones y se ordene a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual.

Como fundamento de tales súplicas, se adujo que la señora Libia Sánchez Cubides nació el 21 de octubre de 1963, que se encuentra cotizando para obtener su pensión desde el mes de marzo de 1982, realizando inicialmente los aportes al ISS, que en octubre del año 2011 (sic) la actora se encontraba trabajando en Laverdier S.A.S, cuando le solicitaron afiliarse a Colfondos S.A., afiliación que se llevó a cabo sin ningún tipo de asesoría en la materia, sin que se le informara como se calculaba la pensión en el Régimen de Ahorro Individual y que no recibió reasesoria antes de cumplir los 57 años de edad.

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 las cotizaciones efectuadas por la

demandante al ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, en tanto que son circunstancias en las que Colpensiones no tuvo ninguna participación o injerencia, no constándole en qué condiciones se produce el traslado de régimen.

A su vez, propuso las excepciones de improcedencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos refirió que acepta como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, no constándole las cotizaciones efectuadas por la actora al ISS, advirtiendo que no es cierto que no se haya suministrado asesoría a la accionante, pues a la misma se le brindó información suficiente, completa, veraz, se le explicó los requisitos para acceder a la pensión de vejez y la forma como se calcula la misma.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; 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 al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado de Conocimiento mediante fallo proferido el 21 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A., ordenándole a la entidad, trasladar con destino a Colpensiones, dentro de los treinta (30) días

siguientes a la ejecutoria de la providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima;; ordenó a Colpensiones proceder con el recibo de dichos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la accionante, activando su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y finalmente, condenó en costas a Colfondos S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones

El apoderado de la entidad pública solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, por cuanto no se ordenó la devolución de los gastos de administración, resaltando que en el fallo se argumenta que la juez se aparta del precedente jurisprudencial, lo cual es completamente válido y adicional a ello se sustenta en la sentencia SL 1309 de 2021, sin embargo, solicita se acoja la tesis mayoritaria expuesta por el honorable tribunal desde la sentencia SL 1688, SL 1421 de 2019, SL 3188 y SL 3849 de 2019, donde la Corte Suprema de Justicia había señalado que los fondos de pensiones privados deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, inclusive estas devoluciones deben realizarse con cargo a las propias utilidades del fondo de pensiones.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la parte actora y Colpensiones. El procurador judicial de la accionante, manifestó que conforme a la doctrina probable que se tiene al día de hoy en el tema de las ineficacias de afiliación, es claro que la carga de la

prueba está en cabeza de los fondos privados y el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información y adicionalmente, que no se requiere ser beneficiario del régimen de transición pensional, para que proceda la ineficacia del traslado, pues el deber de información aplica para todos, advirtiéndolo que el fondo privado no pudo probar que suministró información a la demandante al momento del traslado de régimen, ni antes de que cumpliera los 47 años de edad, evidenciándose, por el contrario, del interrogatorio de parte, que existió un engaño por parte de los asesores de la AFP.

El apoderado de la entidad pública accionada, solicita se modifique la decisión, pues tal y como se pudo verificar en audiencia, la AFP Colfondos S.A, le brindó plena información a la accionante sobre su traslado, dando cumplimiento al deber de información, debiéndose tener en cuenta, igualmente, que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prohibición en la cual se encuentra inmersa la promotora del proceso.

Explica que el evento de confirmarse la ineficacia de la afiliación, a fin de que se garantice el principio de sostenibilidad financiera del sistema, hay lugar al reintegro de la totalidad de la cotización, es decir, recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, de manera indexada.

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 señora Libia Sánchez Cubides, nació el 21 de octubre de 1963, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 162 del expediente digital.
- 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., tal y como se evidencia del formulario de afiliación obrante a folio 42 del expediente digital, debiéndose advertir, que en dicho formulario se indica como fecha de suscripción el 10 de marzo de 2011, fecha que evidentemente es errada, pues para dicha calenda la accionante contaba con 48 años de edad, es decir, ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado consagrada en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Adicionalmente, refirió la señora Libia Sánchez Cubides, en el interrogatorio de parte, que el traslado se realizó en el año 2001, cuando laboraba con el empleador Laverdier Ltda, relación laboral que conforme la historia laboral expedida por Colpensiones, inició en el año 2001, reflejándose cotizaciones hasta el periodo octubre de 2001, por lo que deduce la Sala, que la posible fecha de suscripción del formulario de vinculación, corresponde al 03 de octubre de 2001.

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 Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por Colfondos S.A.?

¿Es procedente adicionar la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones, las comisiones de administración, los aporteS al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas de seguros previsionales?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de afiliación 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 su numeral segundo, para ordenar a

COLFONDOS S.A., el traslado a Colpensiones de las comisiones de administración y los seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, 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 anteriores pronunciamiento 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 LIBIA SANCHEZ CUBIDES, a través de la AFP COLFONDOS S.A., de conformidad con el formulario obrante a folio 42 del expediente digital, no obstante, tal y como lo refirió la a quo, el mismo no da cuenta de la información que fue brindada a la accionante, manifestación que encuentra soporte en lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688 de 2019, oportunidad en la cual se sostuvo: *“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”*; por ello no puede inferirse la voluntariedad de la selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, la misma indicó que en que en año 2001, cuando ingresó a laborar a la sociedad Laverdier Ltda, le dijeron que se pasara a Colfondos S.A., que de hecho solo firmó el formulario porque lo tramitó la empresa, indicó que no tuvo acceso a un asesor, que solo hasta noviembre de 2020, empezó a recibir las historias laborales y que no tuvo reasesoria antes de cumplir los 47 años de edad. Así las cosas, de lo dicho por la actora no es posible derivar prueba de confesión, ni señalar que Colfondos S.A., cumplió con el deber de información.

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., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones de la afiliación.

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 la afiliación al régimen pensional, no era posible una

decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, precisando que no puede declararse la imposibilidad de traslado de la demandante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, como lo sostiene el apoderado de Colpensiones en sus alegatos, en tanto que, el retorno de la misma al Régimen de Prima Media se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 la administradora accionada, 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 Colfondos S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la demandante, 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 accionante y no de los Fondos, aunado a ello, 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 pretensora, 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.”

Precisa esta instancia, que si bien mediante la sentencia SL 1309 del 24 de febrero de 2021, invocada por la funcionaria de primera instancia, para sustentar su postura de la improcedencia del traslado de los gastos de administración, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adicionó la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario con radicado 050013105017201300413, en dicha oportunidad, no se realizó un análisis de los efectos de la declaratoria de ineficacia, pues lo debatido y analizado en la citada providencia lo fue la calidad de afiliado o pensionado del accionante, la prerrogativa de los afiliados de retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media, cuando tuvieran 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, recuperando los beneficios del régimen de transición pensional y los efectos de la redención del bono pensional, de tal suerte que a juicio de esta Colegiatura, la mencionada sentencia SL 1309 de 2021, no comporta una variación en la línea de pensamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación y los conceptos que deben trasladarse al Régimen de Prima Media.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, se encuentra parcialmente ajustada a los anteriores criterios, en cuanto excluyó el traslado de las cuotas de administración y las cuotas de seguros, por lo tanto, debe ADICIONARSE el numeral segundo del fallo, para ordenar a Colfondos

S.A., trasladar también a Colpensiones las cuotas de administración y las cuotas de seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante.

Finalmente se advierte, que no procede la indexación de los conceptos a trasladar, no siendo posible acceder a lo solicitado por el apoderado de Colpensiones en los alegatos de conclusión, teniendo en cuenta que se está ordenando a la AFP demandada, devolver todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización realizada por la actora con los rendimientos financieros, los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva de los valores a trasladar, aunado que las órdenes impartidas se encuentran conforme a las directrices planteadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y con ello se está asegurando que Colpensiones reciba todos los valores que la entidad habría recibido, en el evento en el que la accionante, siempre hubiere estado afiliada en esa administradora pensional.

Sin costas en esta instancia, atendiendo a la prosperidad del recurso de alzada.

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 21 de abril de 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora LIBIA

SANCHEZ CUBIDES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para en su lugar **CONDENAR** a COLFONDOS S.A., a trasladar también a COLPENSIONES, las cuotas de administración y las cuotas de seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante.

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

3.- Sin costas en esta instancia.

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

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. **98** fijado en la secretaria de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 08 de JUNIO de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario