



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-003-2020-00299-01
Demandante:	Luis Bernardo Arango Posada
Demandado:	Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Tema:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, enero treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 a decidir los recursos de apelación interpuestos por los señores apoderados de Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta última, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el 3 de octubre de 2022, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor LUIS BERNARDO ARANGO

POSADA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, proceso al cual se ordenó la vinculación de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Radicado 05001-31-05-003-2020-00299-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor LUIS BERNARDO ARANGO POSADA, convocó a juicio a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; se declare que para efectos pensionales continúa afiliado a Colpensiones; se ordene la devolución de todos los valores que hubiere recibido Colfondos S.A., con motivo de la afiliación, tales como aportes, cotizaciones, nonos pensionales, gastos de administración, primas de seguro de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses.

En respaldo de tales pedimentos se expuso, que el señor Luis Bernardo Arango Posada nació el 16 de octubre de 1958, que se afilió desde el 04 de mayo de 1980 al extinto ISS, que se trasladó a Colfondos S.A, en junio de 2000, atendiendo a una mala asesoría realizada por el ejecutivo de dicha entidad, quien le indicó que el ISS se iba a acabar, que sus aportes en pensión corrían el riesgo de perderse, sin suministrar información cierta, clara, veraz, omitiendo el cumplimiento del deber de información.

1.2.- CONTESTACIÓN

Efectuadas las diligencias de notificación y traslado, **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, aceptando como cierto la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS y el traslado a Colfondos S.A., aduciendo no constarle los demás hechos de la demanda, por referirse a situaciones ajenas a la entidad.

Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de falta de causa para demandar; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Porvenir S.A., ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; buena fe; prescripción de la acción laboral; imposibilidad de condena en costas; no condena por ultra y extra petita y la excepción innominada.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.**, manifestó que no es cierto lo afirmado en relación al traslado del demandante a dicha entidad, toda vez que al mismo se le ofreció toda la asesoría especializada e idónea por parte del promotor comercial, quien le informó acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba el traslado, así como las características y diferencias de cada fondo de pensiones, resaltando, además, que el traslado del demandante se dio entre fondos del Régimen de Ahorro Individual.

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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago.

Finalmente, **PORVENIR S.A.**, sostuvo no constarle ninguno de los hechos, en tanto que los mismos relacionan a la parte demandante con un tercero como lo es Colfondos S.A. y el Instituto de Seguros Sociales. Manifiesta oposición a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la excepción genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia mediante providencia proferida el 3 de octubre de 2022, por medio de la cual declaró que Colfondos S.A y Porvenir S.A., faltaron a la obligación de dar información veraz, clara y oportuna al demandante al momento del traslado de éste del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y a lo largo de toda la afiliación; declaró que Colfondos S.A. y Porvenir S.A., causaron grave daño, perjuicio o menoscabo a la seguridad social del demandante cuando cumplió 62 años de edad; declaró la responsabilidad constitucional y profesional de Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en el daño o menoscabo a la seguridad social del demandante; declaró la inaplicación constitucional de la pérdida del Régimen de Prima Media acaecida cuando éste se trasladó del Seguro Social a Porvenir S.A. y luego a Colfondos S.A., y en su lugar, declaró que sigue inmerso en el Régimen de Prima Media a cargo de Colfondos S.A; absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones; ordenó a Colfondos S.A. que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media al demandante, advirtiéndole que en la carta o misiva en la cual el demandante solicite el reconocimiento de la pensión de vejez deberá adjuntar certificado de retiro laboral; ordenó a Colfondos S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, bajo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante, solicite a Colpensiones, elaboración de cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional, ordenando a Colpensiones, que

dentro de los dos meses siguientes a la solicitud por escrito de Colfondos S.A., elabore el cálculo y dentro de ese mismo lapso, lo presente por escrito a la AFP y ésta, dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba el valor del cálculo actuarial, proceda al pago real y efectivo a Colpensiones; ordenó a Colfondos S.A., que hasta tanto no pague el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, pague la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media al demandante y Colpensiones subrogará en dicha obligación a Colfondos S.A., desde el momento en el que reciba el pago del cálculo actuarial pensional; autorizó a Colfondos S.A. para recobrar de Porvenir S.A. el 14% del valor del cálculo actuarial, el cual deberá ser pagado por Porvenir S.A. dentro del mes siguiente de recibida la solicitud, asimismo, autorizó a Colfondos S.A. a enjugar, parte del valor del cálculo actuarial, tomando para sí los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma que estuviere en su cuenta y finalmente, condenó en costas a Colfondos S.A.

1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN

Colfondos S.A.

El apoderado de la entidad interpuso el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia íntegramente, teniendo en cuenta que, en primer lugar, el fallo no es consonante, ni guarda correspondencia con el escrito de demanda y las pretensiones, siendo un fallo que vulnera el debido proceso y derecho de defensa de la entidad, llamando la atención que se solicite la nulidad del traslado a Colfondos cuando el traslado inicial se realizó a Porvenir S.A.

Señaló que la sentencia excedió los límites de su competencia, cuando resolvió el litigio, pues el mismo debe estar basado en las pretensiones y fundamentos de la demanda, sin detenerse en el estudio de las excepciones y teniendo por ciertos hechos que no están acreditados, basado únicamente en los dichos del demandante, vulnerando los derechos de Colfondos S.A.

Solicita se tenga presente que el demandante debe solicitar formalmente la pensión de vejez con toda la documentación requerida para que la entidad pueda determinar si tiene derecho a la pensión y cuáles serían las condiciones y características del eventual reconocimiento, pero bajo los parámetros del régimen de ahorro individual, y no tiene competencia para hacer reconocimiento bajo parámetros del régimen de prima media, siendo claro que la Ley 100 estableció dos regímenes excluyentes entre sí, con sus reglas propias, siendo contrarias a la ley las condenas impuestas, no siendo aplicable al presente proceso la figura de la subrogación pensional, ya que dicha figura se creó para las pensiones extralegales reconocidas a los trabajadores por sus empleadores por medio de una convención colectiva, pacto, laudo o de forma voluntaria, no siendo procedente tampoco el cálculo actuarial.

Porvenir S.A.

Sostiene la apoderada que la entidad si cumplió con el deber de información, conforme las exigencias vigentes para el año 1994, contrario lo expuesto por el juez, resaltando que el demandante no ejerció de manera oportuna los derechos que la ley le otorga y pudo retornar al régimen de prima media dentro de los plazos establecidos por ley, no siendo imputable a la entidad la omisión del actor, por lo que no se puede atribuir responsabilidad a Porvenir S.A., sin que se pueda alegar la propia negligencia del actor en su beneficio.

En cuanto a la orden de cancelar la pensión de vejez como si estuviera en el Régimen de Prima Media con miras a subrogación pensional, si bien fue una condena dirigida a Colfondos S.A., afecta a Porvenir S.A., porque ordena devolver el 14% que corresponde según cálculos del juzgado a 6 años de permanencia en Porvenir, lo que no tiene sustento jurídico, ni existe regulación que permita a la AFP realizar el pago del cálculo actuarial y mucho menos con miras a la subrogación pensional, reiterando que los dos regímenes pensionales son excluyentes y con características particulares.

Expuso que no puede hablarse de perjuicios, pues los mismos no se pretendieron en la demanda y no quedaron demostrados, más cuando ni conoce el demandante el valor de la mesada pensional en uno u otro régimen, no se han efectuado liquidaciones y los perjuicios no pueden presumirse. Finalmente, adujo que la fijación del litigio fue contraria a derecho, desconociendo el derecho de defensa y contradicción, no se permitió aportar o solicitar pruebas en la etapa procesal correspondiente que era la contestación de la demanda, sino que en una etapa procesal posterior se sorprende a la entidad con una fijación del litigio, que adiciona oficiosamente pretensiones al libelo introductorio.

Colpensiones

Manifestó la apoderada que si bien el juez señala que Colpensiones sale absuelto del proceso, solicita se revoque en su totalidad la sentencia, y se absuelva a las demandadas de todas las pretensiones, manteniéndose al demandante dentro del Régimen de Ahorro Individual, teniendo en cuenta que hay una incongruencia en la sentencia respecto del libelo introductorio, sin que esté acreditado que al demandante se le causó perjuicio alguno, cuando ni el mismo actor conocía su historia de traslados, extrañando que el juez dé credibilidad a la sola manifestación del demandante de tener 1900 semanas cotizadas, no estando probado tampoco que exista diferencia en la mesada pensional del demandante o que le convenga o no estar en Colpensiones.

Señaló que no es posible como indicaron los demás apoderados realizar una conmutación pensional de manera alguna, ni que Colpensiones realice calculo actuarial sin conocer la información, valores, numero de semanas y la información que reposa en la demanda no está completa, además la conmutación pensional solamente está dada para empleadores omisos que incumplieron con el deber de afiliación de sus empleados y no entre regímenes que están diferenciados en la ley.

En caso de que se revoque la sentencia y se condene al traslado de régimen común, solicita se obligue a la AFP al traslado no solo del valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino de los rendimientos, gastos de seguros previsionales, cuotas de administración y todo dinero que por cualquier concepto haya entrado a la cuenta de ahorro individual o haya sido descontado por administración.

1.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de las entidades accionadas. El vocero judicial de Colfondos S.A., solicita se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando para ello los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de alzada, adicionalmente, solicita que en el evento de que se decida mantener la ineficacia, con los efectos propios de dicha figura jurídica, no se ordene a la entidad retornar los gastos de administración, los cuales se causan por disposición legal y no por capricho de las administradoras, siendo un descuento exigible, vigente y exequible.

Por su parte, el apoderado de Porvenir S.A., expuso que no hay razón jurídica ni fáctica para declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que el formulario de afiliación suscrito por el parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Finalmente, insiste que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b)

del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, citando como respaldo de ello el concepto de la Superfinanciera de enero del 2020.

En igual sentido, la apoderada de Colpensiones reiteró lo indicado al momento de interponer el recurso de apelación a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva íntegramente a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda, tras considerar que no resulta justo que la entidad deba asumir perjuicios económicos dentro de un pleito cuyos hechos derivan de la obligación y el deber de un tercero.

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 el señor Luis Bernardo Arango Posada, nació el 16 de octubre de 1958 tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 10 del anexo 02 del expediente digital.

- Que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., el 27 de mayo de 1994, con fecha de efectividad el 1º de junio de la misma anualidad, posteriormente, se afilió a Colfondos S.A., el 29 de mayo del año 2000, de conformidad con el formulario de afiliación, obrante a folio 86 del anexo 33 del expediente digital y el historial de vinculaciones que milita a folios 18 del anexo 10 del expediente digital.

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 Tercero Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., efectuado por el demandante el 27 de mayo del año 1994, así como la posterior movilidad a Colfondos S.A.?

¿Si la declaratoria de ineficacia tiene como efecto declarar la responsabilidad patrimonial de las AFP accionadas, y si como consecuencia de ello, debe ordenarse a Colfondos S.A., reconocer la pensión de vejez al accionante bajo las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, efectuar recobro en un porcentaje del 14% a Porvenir S.A., y posteriormente, subrogarse en Colpensiones a través del pago de un cálculo actuarial?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de traslado del demandante por falta de información, ii) la ineficacia supone que la afiliación no produce efectos jurídicos, manteniéndose vigente la afiliación en el Régimen de Prima Media, iii) debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del afiliado pretensor, iv) siendo improcedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial y las condenas impuestas por el a quo, relativas al reconocimiento de la pensión por la AFP bajo las reglas del Régimen de Prima Media, y el pago del cálculo actuarial con miras a la subrogación por parte de Colpensiones; en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA en los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y décimo primero, CONFIRMANDOLA en lo demás, esto es, en los numerales primero y décimo segundo.

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 SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del

03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, entre muchas otras.

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 del señor Luis Bernardo Arango Posada, a través de la AFP Porvenir S.A., el 27 de mayo de 1994, con fecha de efectividad el 1º de junio de la misma anualidad, posteriormente, se afilió a Colfondos S.A., el 29 de mayo del año 2000, de conformidad con el formulario de afiliación, obrante a folio 86 del anexo 33 del expediente digital y el historial de vinculaciones que milita a folios 18 del anexo 10 del expediente digital., no obstante, se recuerda que los formularios de vinculación por sí solos no dan cuenta de la información que fue brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o*

afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado” (sentencia SL3871 de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se deriva confesión, pues el mismo afirmó que en 1994, fue un asesor al lugar donde laboraba, quien les indicó que el Seguro Social se iba acabar y que debían pasarse a un fondo privado, posteriormente, el mismo asesor le dijo que se debía pasar para Colfondos, reconociendo que le hablaron de rendimientos, más no de pensión anticipada, ni los requisitos que necesitaba para pensionarse, tampoco le hablaron de cuenta de ahorro individual, ni que requería un capital determinado para obtener la pensión.

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Porvenir S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por Colfondos S.A.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Porvenir S.A. al demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional,

procede la ineficacia de la afiliación, sin que tenga incidencia alguna el hecho de que el actor no conozca con precisión el monto al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen, pues la ineficacia no deriva de la diferencia en el quantum de la prestación económica, sino de la omisión al cumplimiento del deber de información.

Resalta la Sala que la ineficacia no se da por inaplicación constitucional de la regla que imposibilita el traslado de régimen o de las reglas propias del RAIS, por ser este un régimen legal, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la Corte Constitucional entre otras, en sentencias C086 de 2000, C789 de 2002 y C1024 de 2004, sino por la ausencia de asesoría técnica en el momento del traslado, recordando que en este tipo de litigios opera una inversión de la carga de la prueba, que le traslada la responsabilidad a la administradora de pensiones de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria, para adoptar una decisión consciente y acreditar que actuó con la debida diligencia conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil.

Sobre los efectos de la ineficacia

Ahora bien, atendiendo a la ineficacia que se declara, debe indicarse que la consecuencia de la misma, lo es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, ello implica que el demandante conserva válida su afiliación al Régimen de Prima Media, por lo tanto, lo que procede es la devolución de la totalidad de los dineros que hubiere recibido Provenir S.A. y Colfondos S.A., en vigencia de la afiliación del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y primas de seguro previsional.

La orden impartida por el a quo a Colfondos S.A., de reconocer la pensión bajo las reglas del Régimen de Prima Media y emitir un cálculo actuarial con miras a la subrogación de la pensión que debe reconocer Colpensiones, no es

un efecto propio de la ineficacia y desconoce las reglas propias de cada régimen, los cuales como ya se indicó y como fue resaltado por los apoderados de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., son excluyentes.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en este proceso no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la AFP, así como tampoco el reconocimiento de la pensión de vejez, precisando que en todo caso, la ineficacia declarada, impide que se materialice el perjuicio que busca corregir el fallador de instancia, razones por las cuales las órdenes impartidas, alteran sustancialmente el principio de congruencia y de contera, el derecho de defensa y contradicción de las accionadas.

De otra parte y en relación con las consecuencias de la ineficacia debe subrayarse que la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, 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 del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, y, teniendo en cuenta, que fue Porvenir 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 del promotor del proceso, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, 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 del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas 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.”*

Sobre la indexación de los conceptos a trasladar por Porvenir S.A. y Colfondos.

Sobre este punto, bajo la égida del grado jurisdiccional de consulta en el que se conoce en favor de Colpensiones y en atención a que recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adocinado que la indexación de los conceptos objeto de devolución como lo son las

comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, se ordenará la indexación de las referidas sumas.

En igual sentido, en relación con el concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hace referencia el apoderado de Porvenir S.A., debe recordarse que la devolución de los conceptos ordenados debe ser entendida como consecuencia de la sanción del acto jurídico cuya responsabilidad es atribuible a la AFP, de ahí que no pueda acogerse dicho concepto, pues en este asunto, no se trata de un simple traslado, sino del incumplimiento al deber información que torno ineficaz la vinculación.

Colofón de lo anterior, debe REVOCARSE los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y décimo primero de la sentencia, y en su lugar, se ordenará a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, debidamente indexados. En igual sentido, Porvenir S.A., deberá trasladar también a Colpensiones las comisiones de administración, cuotas de los seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante en vigencia de la afiliación a dicha entidad, esto es, entre el 01 de junio de 1994 y el 30 de junio del año 2000, con su respectiva indexación.

Toda vez que prospera parcialmente los recursos interpuestos, se abstendrá la Sala de imponer condena en costas en esa instancia.

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

1.- Se **REVOCA** los numerales **segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y décimo primero**, de la sentencia proferida el 3 de octubre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor LUIS BERNARDO ARANGO POSADA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y en su lugar, se **CONDENA** a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES, los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, así como las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, éstos últimos debidamente indexados al momento de efectuarse el traslado. En igual sentido, se **CONDENA** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a Colpensiones las comisiones de administración, cuotas de los seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante en vigencia de la afiliación a dicha entidad, esto es, entre el 01 de junio de 1994 y el 30 de junio del año 2000, con su respectiva indexación.

2.- Se **CONFIRMA** la sentencia referida en sus numerales primero y décimo segundo.

3.- Sin costas en esta instancia.

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


El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO DEBRÚN MORALES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO