



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-005-2022-00343-01
Demandante:	Astrid Eugenia Castro Zapata
Demandado:	Colpensiones y Colfondos S.A.
Asunto:	Consulta
Procedencia:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, marzo catorce (14) 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 el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, el 7 de diciembre del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora ASTRID EUGENIA CASTRO ZAPATA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS

S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Radicado 05001-31-05-005-2022-00343-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora ASTRID EUGENIA CASTRO ZAPATA, convocó a juicio a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. a fin de que se declare que esta última entidad no le dio información veraz, clara y oportuna al momento de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, en consecuencia, se declare ineficaz el traslado, ordenándose a Colfondos S.A., devuelva a Colpensiones los ahorros pensionales, rendimientos, bono pensional y cualquier suma de la cuenta de ahorro individual. Subsidiariamente, solicita se declare que Colfondos S.A., le ha causado un perjuicio en la mesada pensional, declarándose su responsabilidad constitucional y profesional, declarándose la ineficacia por inaplicación constitucional y consecuentemente, de condene a Colfondos S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las reglas del Régimen de Prima Media.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso que la señora Astrid Eugenia Castro Zapata, estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se trasladó a Colfondos S.A., el 25 de febrero de 1986 (sic) que dicha decisión de traslado de régimen obedeció a la información suministrada por el asesor de ventas de Colfondos S.A., quien indicó que el monto de la pensión sería mayor que la que le podría pagar el ISS, asegurando que en dicha oportunidad no se le suministró información completa y clara de los escenarios pensionales en ambos regímenes pensionales y que el 20 de mayo de 2022 la actora solicitó el traslado de régimen el cual no fue aceptado.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto lo relacionado con el traslado de la actora a Colfondos S.A, señalando no constarle los demás hechos por no ser de su ámbito de conocimiento.

A su vez, propuso las excepciones de carga dinámica de la prueba; particularidades del caso; inexistencia de vicio en el consentimiento; devolución de cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones, indexados; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; imposibilidad de condena en costas y compensación.

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, manifestó que no es cierta la fecha en que se indica se trasladó la accionante a la entidad, toda vez que la afiliación se llevó a cabo el 14 de octubre de 2005, no siendo cierto que no se le haya entregado información completa, pues a la actora se le brindó una asesoría suficiente y veraz sobre el Régimen de Ahorro Individual y su comparación con el Régimen de Prima Media, al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del régimen, sin omitir la verdad, siendo una decisión libre y espontánea de la demandante efectuar el cambio.

En oposición al éxito de las pretensiones 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 e inexistencia de perjuicios.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 7 de diciembre del año 2022, el Juzgado de conocimiento declaró ineficaz el traslado de la actora, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por falta de información, lo que conllevó a un error en el consentimiento al momento de afiliarse a la AFP Colfondos S.A.; declaró que la afiliación a Colpensiones no ha tenido solución de continuidad en el tiempo; condenó a Colfondos S.A. a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia, traslade a Colpensiones, el 100% de los aportes efectuados por la demandante y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros, asumiendo con cargo a su patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y para el fondo de solidaridad pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación a esa administradora y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado, valores que deberán ser indexados; condenó a Colpensiones a recibir los aportes que Colfondos S.A. le devuelva y a tener en cuenta las semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral y condenó en costas a Colfondos S.A.

1.4.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la apoderada de la actora y la apoderada de Colpensiones. La procuradora judicial del extremo activo, solicita se confirme la sentencia de primera instancia y que no sean considerados los motivos de inconformidad expuesto por la parte apelante, olvidando que la sentencia no fue recurrida.

La vocera judicial de Colpensiones, solicita se analice lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen, ya que el legislador estableció que, el afiliado, no podrá trasladarse, cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, que es lo que se presenta en este caso, aclarando que el único interés de la parte recae sobre el beneficio económico que se puede obtener en el Régimen de Prima Media, al momento de pensionarse, lo que claramente no es un fundamento legal para que se concedan las pretensiones. Solicita que, en caso de prosperar la pretensión de ineficacia de la afiliación, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado, sin importar el concepto a que se refieran, incluyendo la devolución de todo lo descontado por pólizas provisionales, debidamente indexado.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

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 Astrid Eugenia Castro Zapata nació el 15 de octubre de 1962, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, obrante a folio 111 del anexo 03 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A., el 14 de octubre de 2005, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de la misma anualidad, de conformidad con el formulario de afiliación obrante a folio 32 del anexo 11 del expediente digital.
- Que la accionante acredita un total de 1186 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Colfondos S.A., visible a folios 90 a 95 del anexo 03 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de consulta, proferida en el presente proceso por el señor Juez Quinto Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 14 de octubre de 2005 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A.?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, deberá ordenarse a Colfondos S.A., el traslado de los gastos de administración, la prima de seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por incumplimiento del deber de información, (ii) debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, razón por la cual la sentencia debe ser **CONFIRMADA**.

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 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, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022,

SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, 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 sub reglas principales establecidas 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 Astrid Eugenia Castro Zapata a través de la AFP Colfondos S.A., el 14 de octubre de 2005, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de la misma anualidad, de conformidad con el formulario de afiliación obrante a folio 32 del anexo 11 del expediente digital, no obstante, el mismo no da 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., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado.

Del interrogatorio de parte a la pretensora no se deriva prueba de confesión, pues la misma afirmó que al momento del traslado no se le ofreció asesoría, reconociendo que, si le hablaron de rendimientos y de la pensión anticipada, pero que no le hablaron de la oportunidad de realizar aportes voluntarios y que firmó porque le dijeron que era lo más conveniente.

Se sigue de lo anterior, que, si bien la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información adecuada, dado que, aunque se le mencionaron algunas características del régimen, no se profundizó en las mismas, por lo que desconocía el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las consecuencias del traslado y las desventajas de dicho régimen pensional.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó la AFP Colfondos S.A. a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, sin que el hecho que la accionante se encuentre inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, como lo refiere la apoderada de Colpensiones en sus alegatos, impida tal declaratoria, en tanto que, el retorno de la misma al Régimen de Prima Media se da como consecuencia de la pérdida de los efectos 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 ésta, 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, 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 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, tal y como y lo señaló el a quo, 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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Así las cosas, la orden de traslado impartida por el fallador primario, se encuentra ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe confirmarse la sentencia.

Sin costas en esta 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 **CONFIRMA** la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Circuito de Medellín, el 7 de diciembre del año en curso, en el proceso ordinario instaurado por la señora ASTRID EUGENIA CASTRO ZAPATA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.


2.- Sin costas en esta instancia.

3.- 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

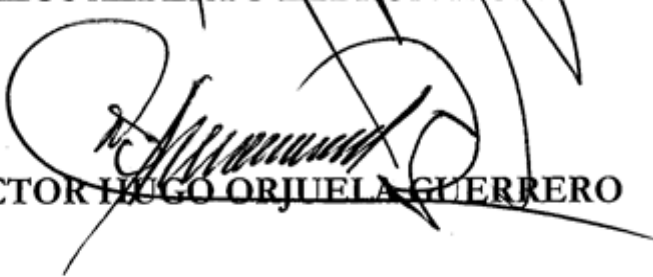
Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO