



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-001-2019-00554-01
Demandante:	Diana Cristina Bustamante Herrón
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, julio veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuestos por los señores apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 25 de mayo del año 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora DIANA CRISTINA BUSTAMANTE HERRÓN en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, Radicado 05001-31-05-001-2019-00554-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora DIANA CRISTINA BUSTAMANTE HERRÓN, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. Y COLFONDOS S.A., pretendiendo se declare la nulidad del traslado a Colfondos S.A., al carecer de validez por existir vicio en el consentimiento, en razón de la omisión del deber de información y el no cumplimiento de las obligaciones que taxativamente señalan los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; se declare válida y sin solución de continuidad la afiliación de la accionante a Colpensiones; se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes, incluidos los rendimientos, sin descuentos por cuotas de administración; se condene a Colpensiones a tener como válida y continua la afiliación al Régimen de Prima Media.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la demandante nació el 30 de mayo de 1964, que se afilió a Porvenir S.A., Protección S.A., Old Mutual S.A. y Colfondos S.A., explicando que las AFP no fueron claras ni precisas frente a la información del estado final de su pensión, sin realizarle una asesoría que le permitiera tener un contexto claro acerca de las condiciones de su pensión, ya que no se le indicaron los riesgos y beneficios del traslado.

1.2.- CONTESTACIÓN

PROTECCIÓN S.A. dio respuesta a la demanda, indicando que la demandante tomó la decisión de trasladarse a su representada, suministrándole para el efecto una información clara, transparente y objetiva, sin violentar el deber de información, explicando las características del régimen y sus diferencias con el Régimen de Prima Media.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; la innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

COLFONDOS S.A., por medio de escrito, manifestó que se allanaba a las pretensiones de la demanda, solicitando al fallador se abstuviera de imponer costas, al no presentar oposición a la demanda.

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron el traslado de régimen pensional por parte de la accionante.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; prescripción; imposibilidad de condena en costas; la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, aseveró que el traslado de la accionante, se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose una correcta y debida asesoría, dándole a conocer las condiciones particulares y generales del Régimen de Ahorro Individual, precisando que la demandante no demuestra daño alguno, por cuanto no ha cumplido con los requisitos para pensionarse.

Y como excepciones presentó las de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe.

Finalmente, **SKANDIA S.A.**, informa que desde la Ley 100 de 1993, ha cumplido con los deberes legales y normativos que rigen a las AFP, suministrando a la hoy reclamante una información cierta, suficiente y oportuna.

En su defensa formuló las excepciones de prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe; la genérica; pago.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 25 de mayo del 2021, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante, el día 28 de abril del 2000, a Colpatria hoy Porvenir S.A., por faltar al deber de información, quedando ineficaces los posteriores traslados realizados a Protección S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A.; ordenó a Colpensiones, tener válidamente afiliada a la actora y a homologar las semanas cotizadas por ésta en el Régimen de Ahorro Individual, previo el recibo del saldo de la cuenta de ahorro individual; ordenó a Colfondos S.A. trasladar el saldo de la cuenta de la actora a Colpensiones, incluyendo los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, valores que

deberán ser indexados, desde la fecha en que se descontaron; ordenó a Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., trasladar a Colpensiones los porcentajes descontados por garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, debidamente indexados desde la fecha en que se descontaron; condenó en costas a Porvenir S.A. y a Skandia S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A.

El apoderado de la AFP interpuso el recurso de apelación en contra de la providencia, por cuanto para la fecha que se produjo el traslado, no existía una obligación legal de las administradoras, respecto al tipo de información que se debía brindar a los afiliados y mucho menos, existían directrices sobre la obligación de conservar la documentación, citando el concepto de la Superintendencia 2015123910 del 29 de diciembre del 2015, concluyendo que Colpatria hoy Porvenir S.A., cumplió con todo lo exigido por la ley.

Continúa indicando que conforme a la Sentencia SL 3752 del 2020, los diversos traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, realizados por la actora, son considerados como actos de relacionamiento.

Frente a la condena a devolver los gastos de administración, la AFP cumplió con el deber establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la obligación de las administradoras de destinar un porcentaje para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, no siendo posible ordenar el pago de estos gastos.

Protección S.A.

La apoderada de la AFP interpuso recurso de apelación, respecto a la devolución de cuotas de administración, ya que los mismos se realizaron como consecuencia de una regulación legal, válida, vigente, aplicable y exigible, no por capricho de la entidad y se trata de comisiones ya causadas, durante la administración de los dineros y en el hipotético caso que se asuma que Protección S.A. no realizó su gestión de administración, debe proceder la devolución de todos los rendimientos, pues estos se generan por la buena gestión y administración.

Frente a la prima de seguro previsional, aduce que la misma fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, esa compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones.

Skandia S.A.

La apoderada de la AFP presentó recurso igualmente, frente a la orden de devolver los gastos de administración a Colpensiones, ello por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, crea la potestad para descontar del IBC de los afiliados, un 3% para financiar los gastos de administración y ordenar a la entidad devolver los dineros, constituye un enriquecimiento sin causa para la entidad de seguridad social, ya que nunca ha realizado gestión de administración, debiéndose hacer una ponderación entre las restituciones mutuas y la buena fe de la AFP.

Finaliza indicando que la comisión de administración no es del afiliado, no está destinada a financiar la pensión de vejez, por lo que ordenar devolverla, atenta contra el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

Colfondos S.A.

La apoderada de la entidad presentó recurso de apelación frente a la condena a devolver los gastos de administración, por cuando éstos fueron realizados por mandato legal establecido en la Ley 100 de 1993, siendo su representada un tercero de buena fe, resaltando que la demandante llegó a la entidad, cuando ya tenía 50 años de edad, realizando un traslado entre administradoras. Asevera que la cuenta generó unos rendimientos que ayudan a aumentar el capital, considerando que de tener que devolver los gastos de administración, se desconocerían las restituciones mutuas y el arduo trabajo que ha desempeñado la entidad para el manejo de las cuentas, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la actora, resaltando que la demandante estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y de sobrevivientes y los dineros fueron girados a la aseguradora, que es un tercero de buena fe.

Colpensiones

El apoderado de la entidad de seguridad social interpuso el recurso de alzada, argumentando que el traslado de la accionante goza de plena validez, es válido, la actora accedió sin duda al Régimen de Ahorro Individual y la cobija el principio de autorresponsabilidad de sus hechos, siendo ésta la que debería aportar las pruebas que dan cuenta del traslado.

Adicionalmente afirma que no se pueden imponer cargas a su representada, quien siempre ha actuado conforme a derecho, se ha regido bajo el principio de la buena fe y dentro de sus funciones, no está la de retener a sus afiliados.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de Colpensiones y de Porvenir S.A. El apoderado de Colpensiones indicó que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio

de confianza legítima, aduce que es claro que la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual por la demandante, goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones de este. Asegura que si se efectúa el traslado de régimen de los afiliados, cuando los mismos están próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, contribuiría a desfinanciar el sistema de prima media y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Por su parte, la apoderada de Porvenir S.A., indicó que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media, pues el traslado de la parte actora se realizó de forma oportuna, sin presiones ni apremios, adicionalmente la demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen, agrega que su representada cumplió con su deber de información, pues le entregó a la reclamante la información del Régimen de Ahorro Individual. En caso de considerar que hay lugar a la ineficacia, solicita no se condene al traslado de los dineros descontados por gastos de administración, por cuanto dichos descuentos han cumplido su cometido, citando el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero del 2020.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que la demandante nació el 30 de mayo de 1964, tal y como se desprende de la copia de la cédula, obrante a documento 01.expediente digitalizado folios 7 a 8-.
- Que la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de *Colpatria* el 23 de abril del 2000, con fecha de efectividad el 1° de junio del 2000; a *Horizonte* el 29 de septiembre del 2000, con fecha de efectividad el 29 de septiembre del 2000; a *Santander* el 30 de marzo del 2001, con fecha de efectividad el 1° de mayo del 2001; a *Protección S.A.* el 21 de agosto del 2003, con fecha de efectividad el 1° de octubre del 2003; a *Skandia* el 28 de septiembre del 2006, con fecha de efectividad el 1° de noviembre del 2006; *Colfondos S.A.* el 20 de octubre del 2014, de conformidad con los formularios obrantes en el documento 01.expediente digitalizado folios 23, 33, 34, 53 y 75.
- Que la accionante acredita un total de 924.86 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Skandia S.A., obrante en el documento 01.expediente digitalizado folios 21 a 26, sin incluir las semanas cotizadas en

Colfondos S.A, por cuanto dicha entidad no aportó la historia laboral de la reclamante.

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 Jueza Primera Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Colpatria y sus posteriores traslados a Horizonte hoy Porvenir S.A., Santander, Protección S.A., a Skandia y Colfondos S.A.?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a las AFP codemandadas, trasladar las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y los seguros previsionales?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado 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 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:

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	CONFIRMATORIA

2020	Efectos de la ineficacia.
------	---------------------------

A los pronunciamientos anteriores se suman sentencias de las distintas Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como: SL782 del 14 de marzo de 2018, SL 3496 del 22 de agosto de 2018, SL361 del 13 de febrero de 2019, SL4933 del 30 de octubre de 2019, SL4937 del 13 de noviembre de 2019, SL5144 del 20 de noviembre de 2019, SL373 del 12 de febrero de 2020, SL600 del 25 de febrero de 2020, SL881 del 10 de marzo de 2020, SL985 del 18 de marzo de 2020, SL4381 del 26 de octubre de 2020, SL4336 del 04 de noviembre de 2020 y SL4388 del 11 de noviembre de 2020.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos subreglas principales establecidas 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 Diana Cristina Bustamante Herrón, a través de la AFP *Colpatria hoy Porvenir* el 23 de abril del 2000, con fecha de efectividad el 1º de junio del 2000; a *Horizonte hoy Porvenir* el 29 de septiembre del 2000, con fecha de efectividad el 29 de septiembre del 2000; a *Santander hoy Protección S.A.* el 30 de marzo del 2001, con fecha de efectividad el 1º de mayo del 2001; a *Protección S.A.* el 21 de agosto del 2003, con fecha de efectividad el 1º de octubre del 2003; a *Skandia* el 28 de septiembre del 2006, con fecha de efectividad el 1º de noviembre del

2006; *Colfondos S.A.* el 20 de octubre del 2014, de conformidad con los formularios obrantes en el documento 01.expediente digitalizado folios 23, 33, 34, 53 y 75, no obstante, los mismos no dan cuenta de la información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado – (sentencia SL1688 de 2019);* por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento Colpatria hoy Porvenir S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, así como tampoco se acreditó el cumplimiento a dicho deber por parte de Protección S.A., Skandia y Colfondos S.A.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que es tecnóloga, que según recuerda, todos los traslados se dieron cuando ella trabajaba en Empresas Públicas, donde labora actualmente, que los fondos los visitaban y les daban su alternativa para estar en los mismos, cuando se cambiaba era porque no recibía información del fondo donde estaba, entonces llegaba el nuevo fondo y le decían que iban a tener un contacto más directo con ella, con más acompañamiento y por eso hizo los cambios; no recuerda que información recibió para dejar de estar en el ISS, no tiene claridad en eso porque se concentraba más en pedir información; sabía que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual, pero nunca entendió en qué consistía esa cuenta, no le explicaron que pasaría con las cotizaciones que tenían en el ISS, queriendo regresar a Colpensiones, por el monto de la liquidación de la pensión.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia y Colfondos S.A., a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la adoptada por el funcionario de primera instancia.

Con respecto a la Sentencia SL 3752 del 15 de septiembre de 2020 de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia citada por Porvenir S.A. en su recurso, es preciso indicar que la misma no comporta un cambio de la línea jurisprudencial, sino un estudio casuístico, en el cual se concluyó la voluntad inequívoca del afiliado de pertenecer al RAIS y su conocimiento sobre el mismo, derivado de los distintos actos de relacionamiento adelantados y en sub lite, de los distintos traslados horizontales efectuados por la actora no es posible establecer la plena convicción de permanecer en el citado régimen ni su entendimiento del mismo.

Sobre los efectos de la ineficacia

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

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue 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.P, la entidad

en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

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

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la accionante, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

Respecto al concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hace referencia la apoderada de Porvenir S.A., en su recurso, 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 tornó ineficaz la vinculación.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, se encuentra ajustada a los anteriores criterios, razón por la cual debe ser confirmada.

Es de anotar que para esta Sala de Decisión no es procedente la indexación de los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones, teniendo en cuenta que el factor de actualización de los mismos, esta dado por los rendimientos financieros generados por el capital de la cuenta de ahorro individual, los cuales también se ordena trasladar y que compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva del peso colombiano; no obstante, como el punto no fue objeto de apelación por parte de las AFP accionadas, no hay lugar a REVOCAR tal decisión, teniendo en cuenta que se trata de un aspecto favorable a Colpensiones, en cuyo beneficio se surte el grado jurisdiccional de consulta.

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

3.- DECISION

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

FALLA:

1.- Se CONFIRMA la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Medellín, el 25 de mayo del 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora DIANA CRISTINA BUSTAMANTE HERRÓN en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS,

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

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 3º literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO