



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-014-2019-00332-01
Demandante:	Nidia María Zapata Pareja
Demandado:	Colpensiones, Porvenir SA y Protección SA.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Catorce 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Protección S.A. y el apoderado de Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el 18 de mayo de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora NIDIA MARIA ZAPATA PAREJA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Radicado 05001-31-05-014-2019-00332-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora NIDIA MARIA ZAPATA PAREJA, llamó a juicio a COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A.; se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante con destino a Porvenir S.A., se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante a ese fondo, recibiendo las cotizaciones de los fondos privados, incluirlas en su historia laboral y proceder a decidir sobre la solicitud de la pensión de vejez.

Como sustento de tales pedimentos, se indicó, en síntesis, que la señora NIDIA MARIA ZAPATA PAREJA nació el 23 de mayo de 1962, que se afilió al ISS desde el 11 de julio de 1984 hasta el 30 de junio de 1999 cuando se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A., que para julio del 2003 se trasladó a Porvenir S.A. en el cual se encuentra activa hasta el día de hoy; informa que solicitó a Protección S.A. copia del contrato de vinculación y del expediente administrativo, pero no fue fructífera dicha solicitud, al contestarle que no hallaron dichos documentos y que no había coherencia con las fechas de la historia laboral y los oficios enviados.

Indica que desconocía las consecuencias que tendría al firmar los formatos de afiliación, pues a los fondos Protección S.A. y Porvenir S.A., les correspondía advertir de manera clara, precisa y suficiente los efectos prestacionales que le acarrearía el cambio de fondo pensional, ya que se le brindó una información

errónea y engañosa; dado que, al cumplir los requisitos para el otorgamiento de la pensión de vejez, la mesada pensional es más representativa en el RPM que en el RAIS.

## **1.2.- CONTESTACIONES**

Al dar respuesta de la demanda, **COLPENSIONES** indicó que es cierto la fecha del nacimiento de la demandante, pero que no le consta la afiliación de la misma en Colpensiones ni en los fondos privados; ya que son hechos propios de la demandante ajenos a Colpensiones.

Como excepciones propuso la imposibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida por falta de requisitos legales; improcedencia de la declaración de invalidez del traslado; inexistencia de la obligación de reconocer perjuicios; devolución de cuotas de administración; prescripción, buena fe; compensación e imposibilidad de condena en costas.

Igualmente, al replicar la demanda **PROTECCION S.A.**, admitió que es cierto lo concerniente a la fecha de nacimiento de la demandante, que no le consta la afiliación de la misma al ISS y afirma que la demandante en la actualidad no se encuentra activa en ese fondo, pero es cierto que se afilió el 3 de mayo de 1999 y se trasladó el 10 de julio del 2003 a Porvenir S.A.; aduce que es cierto que no tiene los soportes documentales del traslado, indica que no le constan los trámites realizados por la demandante en los otros fondos y que no es cierto que la información dada fuera errónea y engañosa y que los asesores del fondo son capacitados permanentemente, contando con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a sus posibles afiliados.

Como excepciones propuso la de prescripción; falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; traslado de aportes a Porvenir S.A.; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones;

inexistencia del deber de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, al pronunciarse respecto a la demanda, indicó que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante ni las afiliaciones realizadas en Colpensiones y Protección S.A. y afirma que la vinculación a dicho fondo comenzó el 1° de septiembre del 2003, informando que la demandante cuenta en la actualidad con 1362 semanas y \$92.772.895 y que el fondo le ha otorgado a la accionante la información necesaria, oportuna y veraz, para una libre y transparente toma de decisiones, de acuerdo con la normativa vigente en el momento.

Como excepciones propuso la de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

El Juzgado de Conocimiento, puso fin al litigio en primera instancia mediante fallo proferido el 18 de mayo del 2021, en el cual declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado inicialmente por Protección S.A. y su posterior traslado a Porvenir S.A.; condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro de la demandante, incluyendo para sus efectos los dineros que se hallan causados y las comisiones de administración a partir del 1 de septiembre de 2003; condenó a Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones dentro del 30 días de la ejecutoria de la providencia, el valor de las comisiones causados desde el 1 de julio de 1999 al 31 de agosto del 2003 correspondiente a la afiliación de la demandante; condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante al RPM sin solución de

continuidad; condenó a Porvenir S.A. a que comunique el traslado, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, oficina de bonos pensionales, para los efectos legales correspondientes; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones formuladas en su contra, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por los fondos privados accionados y por último condenó en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A.

#### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

##### **Protección S.A.**

Interpone recurso de apelación de manera parcial en lo que corresponde al traslado de las cuotas de administración, toda vez que estos descuentos son legales, exequibles y vigentes y se utilizan en ambos regímenes, indicando que si la demandante hubiese permanecido en el RPM estos descuentos igualmente se hubieran efectuado en los mismos porcentajes, sostiene que si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante estuvo siempre al régimen de prima media en Colpensiones, sólo debe trasladarse el valor de los aportes y el valor de los rendimientos que estos hubieren generados en el RPM, ya que bien es sabido que los rendimientos que genera el RAIS son superiores al Régimen de Prima Media.

Afirma que con la condena se está induciendo un enriquecimiento sin causa, porque Colpensiones está recibiendo los rendimientos, fruto de la administración que realizó el fondo y adicionalmente está recibiendo las cuotas de administración que son la contraprestación por esa gestión que Colpensiones no llevó a cabo. Finalmente solicita que se aplique la prescripción a estos dineros correspondiente a cuotas de administración, al no ser vocación de los mismos el financiamiento de la mesada pensional.

##### **Porvenir S.A.**

Presenta el recurso de la apelación de la providencia, en razón que al momento de realizarse la afiliación de la demandante, la reglamentación existente para el deber de información no abarcaba tantos aspectos, como hoy el buen consejo, pues para el momento de la afiliación el deber de información estaba establecido en el Decreto 663 de 1993 y a la demandante se le entregó la información del régimen en diferentes momentos, al instante de suscribir el formulario de suscripción y dentro del mismo formulario, el cual, recuerda, fue revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Aduce que el soporte fundamental para la afiliación era el formulario mismo, teniendo en cuenta que la fecha de traslado no había una obligación legal de dar una información documental de la asesoría brindada, el deber de buen consejo y de asesoría, son obligaciones posteriores que surgieron en los años 2010 al 2014 y los actos de relacionamiento a que aluden las sentencias SL 413 del 2018 y SL 3752 del 2020, denotan la voluntad de la demandante de querer pertenecer en el RAIS.

### **1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la parte demandante, destacando que desde el Decreto 720 de 1994, artículos 10 y 12, existe para las administradoras de pensiones el deber de informar, el cual permite al usuario tomar una decisión consciente y a su vez genera la carga de la prueba para las administradoras de pensiones y son ellas las que deben demostrar la información brindada a cada uno de los afiliados, tal y como se conceptúan en las sentencias SL 12136 del 2014, SL 19447 del 2017, SL 1421 del 2019 y SL 1948 del 2020, además la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formularios pre – impresos, son insuficientes para dar por demostrador el deber de información.

Por su parte Protección S.A., reitera los argumentos que sustentan la apelación respecto a la improcedencia del traslado de la comisión de administración y la

prima del seguro previsional por ser descuentos autorizados en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003), haciendo énfasis en que obra como prueba en el expediente el certificado de aportes trasladados donde se refleja los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias durante el tiempo que la parte actora estuvo afiliada a esta administradora, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por el fondo.

Aduce que de confirmar la condena al fondo a asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de Protección S.A., la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos.

Por otro lado, Porvenir S.A. se pronuncia ratificando los planteamientos del recurso de apelación, indicando no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, a la AFP al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual

Por último, Colpensiones se pronuncia para argumentar la procedencia de trasladar todos los valores que se tengan en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo los conceptos por seguros provisionales, esto teniendo en cuenta que si la consecuencia de la ineficacia es volver las cosas a su estado anterior, deberá el fondo demandado devolver todos los conceptos que fueron aportados, pues las mismas hacen parte de las cotizaciones realizadas por el empleado o el empleador a la cuenta de ahorro individual.

## **2.- CONSIDERACIONES**

### **2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA**

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

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

### **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

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

- Que la señora Nidia María Zapata Pareja, nació el 23 de mayo de 1962, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, obrante a folio 20 del expediente digital.
- Que la actora se afilió al Régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Protección S.A., el 03 de mayo de 1999, con fecha de efectividad del 1º de julio de 1999, de conformidad con certificado de Asofondos obrante a folios 177 del expediente digital.



- Que la demandante se trasladó de fondo en el régimen de ahorro individual con solidaridad, Protección S.A. a Porvenir S.A., el 10 de julio de 2003 siendo efectivo el traslado el 1 de septiembre de 2003, de conformidad con certificado de Asofondos obrante a folios 177 del expediente.

- Que la accionante acredita un total de 1362 semanas para noviembre 25 del 2019, conforme a la historia laboral generada por Porvenir S.A., en la cual se reporta 401 cotizadas en Colpensiones, 130 en Protección S.A. y 831 en Porvenir S.A., obrante a folios 255 a 261 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 Catorce Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz la afiliación efectuada por la demandante el 03 de mayo de 1999, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección SA.?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Protección S.A. y Porvenir SA, el traslado de las cuotas de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima?

### **2.4.- TESIS**

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información por parte de Protección S.A. y por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante a Colpensiones, en consecuencia, la sentencia debe ser ADICIONADA en el

numeral segundo y tercero, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A., el traslado a Colpensiones de los valores destinados al pago de las cuotas de Seguros Previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, generados durante la vigencia de la afiliación del actor a cada AFP, CONFIRMÁNDOLA en lo demás.

## **2.5.- PREMISAS NORMATIVAS**

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión

mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º 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	FUNDADORA

septiembre de 2008	
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre de 2011 de instancia.	CONFIRMATORIA
SL, SL12136 Rad 46292 del 03 de septiembre de 2014	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de traslado, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993.
SL 19447(47125) del 27 de septiembre de 2017	Debe acreditarse el cumplimiento del deber de información encontrándose o no la persona bajo en el régimen de transición.
SL 17595-2017 (46922) del 18 de octubre de 2017	CONFIRMATORIA
SL413 (52704) del 21 de febrero de 2018	CONFIRMATORIA  La afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	CONFIRMATORIA  Las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, quien debe probar la diligencia y cuidado es el Fondo de Pensiones, quien estaba obligado a emplearla.
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	CONFIRMATORIA  Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información  Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	ACLARATORIA  El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible.  No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del precedente.
SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	CONFIRMATORIA –
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-  Imprescriptibilidad de la Acción  La información debe ser entregada de manera oportuna y

	por lo tanto la ineficacia debe ser evaluada respecto a la asesoría inicial, sin que se produzca su saneamiento en virtud de las reasesorías posteriores
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA  La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.
SL1611 del 01 de julio de 2020	CONFIRMATORIA
SL2877 del 29 de julio de 2020	CONFIRMATORIA  Efectos de la ineficacia.

A los 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 la afiliación de la señora Nidia María Zapata Pareja al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección SA, el 03 de mayo de 1999 siendo efectiva el 1 de julio del 1999, trasladándose luego a Porvenir S.A. el 10 de julio de 2003, siendo efectiva el 1 de septiembre del 2003, conforme al certificado de Asofondos obrante a folios 177 del expediente digital. Ahora bien, los formularios de traslado, 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 *“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 Protección SA, cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones de la afiliación, deber que tampoco se acreditó fuera cumplido posteriormente por Pensiones Porvenir SA.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, por las AFP demandadas y el despacho cognoscente, no se deriva prueba de confesión, pues la misma afirmó que estudió solamente el bachillerato, que no se acuerda la fecha de su afiliación a Protección S.A., no recuerda que le hicieran una reunión o le enviaran una carta, que su afiliación a Protección S.A. fue

automática, no fue asesorada, no sabe cómo era la cuestión de las pensiones en ese tiempo, que estaba en el ISS y la pasaron a Protección S.A. y no sabe cuándo ocurrió ese cambio., indica que fue a la Gobernación de Antioquia en el segundo piso, allí le informaron que había una asesora o asesor de Porvenir SA, no recuerda bien la explicación que le dieron, solo que el ISS se iba acabar y que con ellos iban a tener una gran ventaja, que estaba más segura en el fondo privado. Aduce que el traslado no fue voluntario, nunca la llamaron, que no sabe cuándo pasaron los aportes del fondo público, afirma que el bono pensional lo están buscando, no sabía que esos dineros eran heredables, no le explicaron los aportes voluntarios.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Santander SA Hoy Protección S.A. a la demandante al momento de efectuar la afiliación del régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

### **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 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, teniendo en cuenta, que fue Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y es la entidad en la cual se encuentra



vigente la afiliación del actor, 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 del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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.”*

En relación con la solicitud de aplicación de la prescripción a las cuotas de administración formulada por la apoderada de Protección S.A., anota la Sala que no es posible atender la misma, toda vez que estos dineros hacen parte del

porcentaje de cotización del afiliado y por lo tanto están protegidos por la característica de imprescriptibilidad propia de los aportes al sistema pensional.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por el fallador primario, se encuentra parcialmente ajustada a los anteriores criterios, debiéndose ADICIONAR el numeral segundo y tercero del fallo, a fin de ordenar a Protección S.A. y Porvenir S.A, trasladar a Colpensiones las cuotas de Seguros Previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima y generados durante la vigencia de la afiliación de la demandante a cada AFP, que para Santander S.A. Hoy Protección S.A. corresponde al periodo comprendido entre el 1° de julio de 1999 y el 31 de agosto de 2003 y para Porvenir S.A. desde el 01 de septiembre del 2003 hasta la fecha.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Porvenir S.A., se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526.

### **3.- DECISION**

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

#### **FALLA:**

1.- **Se ADICIONA** el numeral segundo y tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Catorce Laboral de Circuito de Medellín, el 18 de mayo del 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora NIDIA MARIA ZAPATA PAREJA en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**, a trasladar también a COLPENSIONES, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, generados durante la vigencia de la afiliación del actor a

cada AFP, que para Protección S.A. corresponde a periodo comprendido entre el 1° de julio de 1999 y el 31 de agosto de 2003 y para Porvenir S.A., entre el 1 de septiembre de 2003 hasta fecha efectiva del traslado.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Porvenir S.A, se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526.

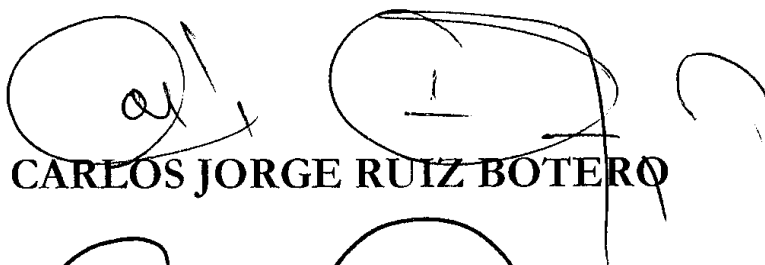
4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

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 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**