



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-002-2020-00307-01
Demandante:	Magnolia Tavera Delgado
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, abril nueve (9) 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 la parte demandante y de Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no controvertidos, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, el 4 de febrero del año dos mil 2021, en el

proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora MAGNOLIA TAVERA DELGADO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Radicado 05001-31-05-002-2020-00307-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora MAGNOLIA TAVERA DELGADO, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la ineficacia o nulidad de la vinculación o acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual, al haberse omitido información por parte de la representante del fondo, sobre las reales consecuencias que acarrearía el traslado del régimen pensional; se declare la afiliación permanente al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; se ordene a Protección S.A. el traslado de todo el dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y los valores por administración, a Colpensiones y ordene a ésta la recepción de los dineros. Solicita que en el evento que durante el trámite del proceso, la accionante cumpla con los requisitos para obtener la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, sea condenada Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez a la accionante, desde el momento en el que cumplió los requisitos legales, con los intereses moratorios o la indexación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la demandante nació el 22 de febrero de 1967, en octubre de 1997, diligenció formulario de afiliación a Protección S.A., cambio que obedeció a una asesoría irregular, incompleta, fragmentada, parcial y sesgada, que se le dio a la misma, en la cual se le indicó que el Régimen de Prima Media estaba en vía de extinción, que en el Régimen de Ahorro Individual, podría pensionarse

antes de la edad que le era exigida en el ISS, que su mesada sería superior en el fondo privado, omitiendo la AFP codemandada, el deber del buen consejo, por el cual debió de mostrarle a la hoy reclamante, las ventajas y desventajas de su traslado.

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 la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación inicial al ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

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 indexadas; prescripción; imposibilidad de condena en costas; compensación.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A**, aseveró que su representada brindó a la demandante una asesoría integral y completa, respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando las características y regulaciones del Régimen de Ahorro Individual, así como su funcionamiento y diferencias, respecto del Régimen de Prima Media, siendo los asesores capacitados permanentemente, contando con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente, para orientar a los afiliados.

Y como excepciones presentó las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; 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; 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; la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 4 de febrero del 2021, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP Protección S.A.; ordenó a Protección a trasladar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y a trasladar todos los valores que haya recibido, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, ahorros voluntarios, con los rendimientos que se hubieren causado, con excepción únicamente de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración de las cuentas de ahorro individual; ordenó a Colpensiones, a reactivar la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad de la demandante y a recibir todos los dineros que le sean trasladados por Protección S.A. y a corregir su historia laboral; declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación de devolver los dineros por concepto de cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual en favor de Protección y no probada la excepción de prescripción; absolvió a Colpensiones del reconocimiento de la pensión de la actora, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación, por ser una petición antes de tiempo; costas a cargo de Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

El apoderado de la actora interpuso el recurso de apelación de manera parcial frente a la Sentencia, en lo referente al traslado de los dineros provenientes de las cuotas de administración, ya que considera que las mismas se derivan de la afiliación al fondo privado, debido a una falta de asesoría, por lo que la persona nunca debió de haber estado ahí y ese dinero, finalmente es de la persona.

Protección S.A.

La apoderada de la AFP interpuso el recurso de apelación frente a la orden de devolver los aportes voluntarios a pensión obligatoria con destino a Colpensiones, ello por cuanto en el Régimen de Ahorro Individual, los afiliados pueden hacer aportes voluntarios, principalmente con el objetivo de hacer uso de los alivios tributarios que estos ofrecen, al cambiarse de régimen, estos aportes se reintegran al afiliado, toda vez que en el Régimen de Prima Media, no existe esta figura, aportes que son de una naturaleza diferente al aporte obligatorio y por esta razón, es el afiliado quien debe disponer libremente de ellos y no se deben ver afectados por la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, es decir, los aportes voluntarios a pensión obligatoria no deben ser trasladados, siendo elección del afiliado, si quiere continuar ahorrándolos o si decide retirarlos.

Aclara que cualquier persona puede afiliarse a los fondos de pensiones voluntarias, sin importar si está afiliado al Régimen de Prima Media o en el Régimen de Ahorro Individual. En los fondos de pensiones voluntarias, cada afiliado tiene una cuenta, en donde ahorra el monto que desee, puesto que tanto la afiliación, como la cotización, son voluntarias y su finalidad es construir un ahorro, no solo para cerrar la brecha pensional, sino también por inversión.

Explica que el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a la posibilidad de tener una cuenta de pensiones voluntarias, de lo que concluye

que los fondos de pensiones voluntarias son complementarios y no accesorios y su naturaleza es la de un fondo de ahorro, con objetivos personalizados y los aportes forman parte del patrimonio del afiliado.

En lo relacionado con el seguro previsional, solicita que la AFP no sea obligada a devolver el valor de ese seguro, toda vez que mensualmente, de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se pagó dicho seguro a una aseguradora, para que en caso de existir un siniestro de invalidez o de sobrevivencia, ésta pagara unas sumas adicionales, que garantizara la prestación, así las cosas, Protección se encuentra imposibilitada para recobrar ese seguro y devolvérselo a Colpensiones, siendo la aseguradora un tercero de buena fe, que no tuvo que ver con el contrato suscrito entre la afiliada y la AFP.

Colpensiones

La apoderada de la codemandada formuló el recurso de alzada, frente a la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y comisiones indexadas, indicando que el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003, establece la distribución de los porcentajes de las cuotas de administración de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, indicando que un 3% del IBC, será destinado a financiar los gastos de administración, las prima de reaseguros de FOGAFYN y las primas de los seguros de invalidez de sobrevivientes. Por su parte, el artículo 39 del Decreto 656 de 1994, define la cuota de administración de la cual se apropia la administradora como aquella que constituye ingresos de las sociedades que administran fondos de pensiones, siendo las comisiones de administración, a la que ellas tienen derecho.

Agrega que al ser determinado por el a quo, que la afiliación, se dio por la omisión a las directrices dadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la Sentencia 31989 del 2008, los dineros descontados generan

un enriquecimiento sin justa causa en detrimento de Colpensiones, pues ella nunca, desde la selección inicial de la afiliación, tuvo en su haber esos recursos y expone que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que los fondos privados deben trasladar la totalidad del capital ahorrado, con los rendimientos financieros, debiendo devolver los gastos de administración, con sus propias utilidades, citando las Sentencias SL 4964 del 2018, SL 4989 del 2018, SL 1421 del 2019 y SL 1688 del 2019, conceptos que deberán ser devueltos debidamente indexados, al momento del traslado de dichos recursos.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la apoderada de la codemandada Colpensiones, expresando que se presenta una imposibilidad de traslado de régimen, conforme a lo preceptuado en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, afirmando que la Corte ha indicado la necesidad de probar un vicio, fuerza o dolo al momento del traslado, vicio del consentimiento que no quedó probado, por cuanto si se analiza el interrogatorio de parte, la actora aceptó que firmó el formulario de manera libre y voluntaria.

Continúa indicando que se debe tener en cuenta la Sentencia SL 2877 del 2020 que se refiere al tema de las restituciones económicas, solicitando se revoque parcialmente la providencia, en cuanto a la orden de no trasladar las cuotas de administración y se ordene a Protección devolver la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al Fondo De Garantía De Pensión Mínima.

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 22 de febrero de 1967, tal y como se desprende de la copia de la cédula, obrante a folio 13 del expediente digital.
- Que la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección S.A., el 8 de octubre de 1997, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de 1997, de conformidad con el formulario obrante en el documento 08. respuesta Protección expediente digital folio 32 y con el certificado expedido por SIAFP, obrante en el documento 08. respuesta Protección expediente digital folio 69.
- Que la accionante acredita un total de 1747.85 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., el 20 de noviembre del 2020,

obstante en el documento 08. respuesta Protección expediente digital folios 33 a 49.

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

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

¿Es procedente ordenar a Protección S.A., que traslade todos los conceptos a Colpensiones, de manera indexada?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual; i) 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; ii) no procede la indexación de los dineros a trasladar por la AFP; iii) los aportes voluntarios no son susceptibles de traslado; en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA PARCIALMENTE en el numeral segundo, para ordenar a

PROTECCIÓN S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas de administración, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, excluyendo los aportes voluntarios de la misma, CONFIRMÁNDOLA en lo demás.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

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

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

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994

y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley”*.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos:

Sentencia	Línea Jurisprudencial
SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA Se produce la nulidad del traslado de régimen pensional por incumplimiento del deber de información, es insuficiente el formulario de vinculación para acreditar el consentimiento informado Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre	CONFIRMATORIA

de 2011 de instancia.	
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	CONFIRMATORIA-

mayo de 2019	
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 establecidos por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional de la señora Magnolia Tavera Delgado, a través de la AFP Protección S.A., el 8 de octubre de 1997, con fecha de efectividad el 1° de diciembre de la misma anualidad, tal como se acredita con el formulario obrante en el documento 08.respuesta Protección expediente digital folio 32, 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 Protección 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.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, la misma indicó que es administradora de empresas, respecto del traslado, expresó que trabajó en la industria militar y allá tenían un régimen pensional particular, cuando salió la Ley 100, se debían pasar de fondo, por lo que en 1997 se afilió a Protección S.A., asistió a una reunión grupal que hicieron en la cafetería, invitaron a varios fondos para que hablaran y cada persona elegía a cual se quería afiliarse, explicando que la información se las dieron de manera general, cuando elegían el fondo al que querían pertenecer, hacían la fila para firmar el formulario, afirmando que escogió a Protección, porque se decía que el ISS se iba a acabar, pero no recuerda que le hubieran hablado de requisitos para pensionarse porque ha pasado mucho tiempo, ni si tocaron el tema de rendimientos,

queriéndose trasladar, porque en el fondo se pensionaría con el salario mínimo, mientras que en Colpensiones la pensión sería de \$2.800.000.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Protección S.A. a la demandante, al momento de efectuar el traslado de 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 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 Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo Protección S.A., 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.”

Traslado de los aportes voluntarios

Se tiene que el a quo ordenó a Protección S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la actora, dentro de los cuales incluyó las cotizaciones voluntarias, decisión que, atendiendo al recurso de apelación interpuesto por Protección S.A, debe ser revocada, teniendo en cuenta que estos aportes no hacen parte del porcentaje de cotización obligatoria, por ello no forman parte del capital que debe ser trasladado y de haberse efectuado, lo procedente es su devolución a la demandante.

Así lo disponen los artículos 2.2.1.1.3. y 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 del 2016, que compendian a su vez, los artículos 4 y 15 del Decreto 692 de 1994, así:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.3. Régimen solidario de prima media con prestación definida. En el régimen solidario de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

ARTÍCULO 2.2.2.3.1. Traslado de régimen pensional. (...)

2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento

del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado”.

Debe sí diferenciarse los aportes voluntarios que se efectúan a la cuenta de ahorro individual en pensiones obligatorias, de los aportes que se realizan al Fondo de Pensiones Voluntarias de la AFP, que se manejan a través de cuentas independientes, precisando que, sobre estos últimos, no recae la ineficacia declarada, por lo tanto, la afiliación al Fondo de Pensiones Voluntarias conserva su validez, aun cuando la demandante retorne al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por el fallador primario, no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, en cuanto excluyó el traslado de las cuotas de administración, entendiendo que la orden del a quo, incluye el traslado de las cuotas de seguros previsiones y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, por lo tanto, debe REVOCARSE PARCIALMENTE el numeral segundo del fallo, para ordenar a Protección S.A., trasladar también las cuotas de administración, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, excluyendo los aportes voluntarios de la misma.

En cuando a que se condene a Protección S.A., a la indexación de todos los valores que deberán de ser trasladados a Colpensiones

Frente a este punto, considera este cuerpo colegiado que no es posible impartir orden en este sentido, ello por cuanto, la AFP debe trasladar el valor total de la cotización y además de los rendimientos financieros, que se generaron por la administración de Protección S.A. del capital depositado por la demandante, en su cuenta de ahorro individual, rendimiento que sin duda mantienen la capacidad adquisitiva de los aportes.

Costas en esta instancia a cargo de Protección 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 de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **REVOCA** parcialmente el numeral segundo de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Circuito de Medellín, el 4 de febrero del 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora MAGNOLIA TAVERA DELGADO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para en su lugar **CONDENAR** también a PROTECCIÓN S.A., a trasladar las cuotas de administración, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, excluyendo los aportes voluntarios que haya efectuado la accionante.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de la parte codemandada PROTECCIÓN 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 queda notificados a las partes por Estados, de conformidad con el Artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

La presente providencia fue notificada por estado No. **59** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 12 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario