



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Nelson Antonio Zapata Holguín
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A. 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 diecinueve (19) 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 las apoderadas de Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, el 18 de febrero del año dos mil 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el Señor NELSON ANTONIO ZAPATA HOLGUIN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

PESNIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Radicado 05001-31-05-002-2020-00039-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

El señor NELSON ANTONIO ZAPATA HOLGUIN, convocó a juicio a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado en su momento del Instituto de los Seguros Sociales a Protección S.A., y el posterior traslado a Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. efectuar el traslado de los valores de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones; igualmente, se condene a Protección S.A. y PORVENIR S.A., a responder por los perjuicios materiales sufridos, representados en el valor de la pensión de vejez que habría reconocido el Régimen de Prima Media, desde los 62 años de edad, perjuicios que se reconocerán hasta la fecha en que Colpensiones reconozca y pague la pensión de vejez; se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, así como al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o subsidiariamente la indexación.

Como sustento de tales pedimentos, se indicó que el señor Nelson Antonio Zapata Holguín, nació el 25 de enero de 1958, que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, desde el 14 de diciembre de 1978, y cuenta con más de 1533 semanas cotizadas. Se expuso que el 29 de septiembre 1994, el accionante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., inducido en error por manifiesta falta de información, pues no recibió asesoría sobre los efectos que tendría el traslado. El 1º de octubre de 1999, se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., entidad que

tampoco le brindó asesoría sobre los efectos del traslado, ni la incidencia de la decisión en su situación pensional, así como tampoco le informó sobre la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media antes de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

## **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, sin constarle los demás hechos de la demanda, por tratarse de situaciones de carácter particular del demandante, de los cuales Colpensiones no tiene conocimiento.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad de traslado de régimen; inexistencia de la obligación prestacional; inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia en el pago del retroactivo pensional; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas; prescripción; improcedencia de intereses moratorios; improcedencia de la indexación; intereses moratorios y/o indexación de la condena a cargo de la AFP demandada; devolución de aportes debidamente indexados; compensación; descuentos del retroactivo por salud; devolución de cuotas de administración; excepción innominada y la genérica.

A su turno, **PORVENIR S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos refirió que no es cierto como se presenta, lo relativo a la afiliación a Porvenir S.A., ya que la afiliación a la entidad se encontró precedida por la debida asesoría, en la cual se le explicaron a totalidad, las características del Régimen de Ahorro Individual y las modalidades pensionales bajo ese régimen, manifestando, que no le constan los demás hechos.

En su defensa formuló las excepciones 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.

Mediante auto proferido el 11 de febrero del año en curso, el Juzgado de Conocimiento dio por no contestada la demanda por parte de **PROTECCIÓN S.A.**

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

Mediante fallo proferido el 18 de febrero del 2021, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado del demandante a la AFP Protección S.A.; ordenó a Protección S.A. y Porvenir S.A., a trasladar al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y a trasladar todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, ahorros voluntarios, 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 del demandante, a recibir todos los dineros que le sean trasladados por Protección S.A. y Porvenir S.A., y a corregir su historia laboral; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, a partir del 25 de enero de 2020, en cuantía de \$1.659.205, por 13 mesadas; declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración de la cuenta de ahorro individual y no probada la excepción de prescripción; absolvió a Porvenir S.A., y Protección S.A., de reconocer indemnización de perjuicios y a Colpensiones de pagar intereses por mora; autorizó a Colpensiones a realizar los descuentos en salud y finalmente, condenó en costas a Protección S.A.

#### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

##### **Protección S.A.**

La apoderada de la AFP interpuso el recurso de apelación frente a la devolución de las primas de la aseguradora y aportes voluntarios, señalando que la comisión de administración es un descuento autorizado por la ley, el cual opera en ambos regímenes, indicó que la sentencia SL 2324 del 19 de marzo de 2019, se refirió al roll del tercero de buena fe, que en este tipo de procesos vienen siendo las aseguradoras y consideró que la consecuencia de la ineficacia no debe ser extendida a terceros y que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse las situaciones consolidadas y en la misma medida el Decreto 2555 de 2010 es claro cuando señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera, entidad que en concepto del 17 de enero de 2020, manifestó que cuando se declare judicialmente la ineficacia de la afiliación debe darse aplicación estricta al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuneta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje del fondo de garantía mínima, considerando que no debe trasladarse los gastos de administración, ni la prima de seguro previsional, por lo que solicita no se ordene dicho traslado.

Respecto de los aportes voluntarios, manifestó que el Decreto 692 de 1994, reglamentó la Ley 100 de 1993 y dispuso en su artículo 22 la posibilidad que tienen los afiliados del Régimen de Ahorro Individual de realizar aportes voluntarios, igualmente el citado decreto dispone que para los traslados de régimen también referido en el numeral 2 del Decreto 1833 de 2016, que las cotizaciones voluntarias se devolverán al afiliado, en este orden de ideas en el Régimen de Ahorro Individual los afiliados pueden hacer uso de los aportes voluntarios a pensión obligatoria principalmente con el objetivo de hacer uso

de los beneficios tributarios que estos ofrecen y al cambiarse de régimen, estos aportes se reintegran al afiliado, siendo el afiliado quien dispone libremente de ellos y no pueden verse afectados por la declaratoria de ineficacia y por ende no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media.

Precisó que cualquier persona puede afiliarse a los fondos de pensiones voluntarias, sin importar si estaba afiliado al Régimen de Prima Media o en el Régimen de Ahorro Individual, advirtiendo que en los fondos de pensiones voluntarias, cada afiliado tiene una cuenta, en donde ahorra el monto que desee, para el fin que elija, 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, 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 y no pertenecen a los recursos del sistema general de pensiones, por lo tanto no deben ser trasladados a Colpensiones, por lo que solicita se revoque esta condena.

### **Colpensiones**

La apoderada de la codemandada formuló el recurso de alzada, frente a la orden de no devolución de las cuotas de administración, 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.

Destacó que de encontrarse la afiliación ineficaz o nula en virtud de la afectación de la selección libre y voluntaria de régimen pensional, atendiendo a las directrices dadas por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia 31989 de 2008, los fondos privados deben trasladar la totalidad del capital ahorrado, con los rendimientos financieros, y en virtud de la declaración de ineficacia devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos desde su nacimiento han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conceptos que además deberán trasladarse indexados, por lo anterior, solicita se revoque el fallo en relación a las cuotas de administración.

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

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados todas las partes. La apoderada judicial del extremo activo de la Litis refirió que la decisión del a quo está fundamentada en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que desde la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008 ha establecido los parámetros de la ineficacia en los casos de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad y en el caso concreto, se evidencia que no existe la acreditación por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., del deber de información completo al demandante sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, por lo que solicita se confirme la decisión.

En el mismo sentido, la apoderada de Porvenir S.A., solicita se confirme la sentencia de primera instancia, aduciendo que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros

de invalidez y sobrevivientes, siendo claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, razón por la cual atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico. Adicionalmente citó la sentencia de unificación proferida el 14 de agosto de 2019, por esta Corporación en el proceso con radicado 05001310500720150129501, en el cual se negó la ineficacia del traslado atendiendo a la sostenibilidad financiera del sistema.

Por su parte, la apoderada de Protección S.A. indicó que la comisión por administración y la prima del seguro previsional, son descuentos autorizados en la Ley, la misma que faculta a las AFP, para descontar el 3% respecto del 16%, de los aportes realizados por los afiliados, descuento que opera en ambos regímenes, considerando que el devolver todos los conceptos ordenados por el a quo, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión, que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante. Asevera que, si se aplicara en estricto sentido, la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante la restitución completa de las prestaciones, que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión de que, si la comisión nunca debió de haberse descontado, tampoco debieron de haber existido los rendimientos.

Continúa manifestando que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto del 17 de enero del 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen, se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan, considerando dicha entidad que tampoco debe trasladarse la



prima del seguro previsional, en tanto dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, agregando que, frente a la prima del seguro previsional, ésta ya fue girada a una aseguradora, quien es un tercero de buena fe. Reiterando finalmente que no procede la devolución de los aportes voluntarios, conformé lo indicado en la sustentación del recurso de alzada.

Por último, la apoderada de la entidad pública convocada al proceso, solicitó se analice lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues el actor presentó la demanda, por cuanto superó el término de los 10 años que tenía para regresar de manera libre a la entidad, invocando ahora, un presunto error en los vicios del consentimiento, los cuales deben ser probados, solicitando que, en el evento en el que se confirme la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, se ordene la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro, debidamente indexados.

## **2. CONSIDERACIONES**

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

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

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren*

*totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”.*

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

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

- Que el señor Nelson Antonio Zapata Holguín, nació el 25 de enero de 1958, tal y como se desprende de la copia del registro civil de nacimiento obrante a folio 70 del expediente digital.
- Que el actor se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección S.A., el 29 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad el 1° de octubre de 1994, posteriormente, se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 1° de octubre de 1999, efectivo el 1° de diciembre de la misma anualidad, conforme a los formularios visibles a folios 22 y 30 respectivamente, del expediente digital.
- Que el accionante acredita un total de 1555 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., el 28 de febrero del 2020, obrante en el documento denominado archivo 03 respuestas demanda Porvenir, archivo 4.

## **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 el demandante?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Protección S.A. y Porvenir 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?

¿Si es procedente ordenar a Protección S.A. y Porvenir S.A., trasladar todos los conceptos a Colpensiones, de manera indexada?

¿Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez?

## **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 las AFP, iii) no hay lugar al traslado de los aportes voluntarios, iv) el demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA PARCIALMENTE en el numeral segundo, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., el traslado a Colpensiones de las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, así mismo, para absolver a las codemandadas del traslado de los aportes voluntarios que hubiera podido efectuar el demandante. 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 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 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 del señor Nelson Antonio Zapata Holguín, a través de la AFP Protección S.A., el 29 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad el 1º de octubre de la misma anualidad, tal como se acredita con el formulario obrante a folio 22 del expediente digital folio, no obstante, el mismo no da 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. Estando igualmente acreditado el traslado entre administradoras del régimen privado, de Protección S.A., a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1º de octubre de 1999, conforme al formulario que milita a folio 30 del expediente digital.

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 del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, siendo claro que la obligación de información recae exclusivamente sobre Protección S.A., no obstante, acreditarse un traslado posterior por parte del demandante a la AFP Horizonte S.A.

No incurre el demandante en confesión alguna en el interrogatorio de parte practicado, pues el mismo indicó que se trasladó a Protección en 1994, porque le indicaron que el Seguro Social se iba a acabar y que lo mejor era que se pasara, que no recibió asesoría, que no conoce sobre el factor hereditario en el Régimen de Ahorro Individual, que solamente le dijeron que firmara porque iba a quedar mejor y que no le hablaron de pensión anticipada.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Protección S.A. al demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, precisando que no puede declararse la imposibilidad de traslado del demandante atendiendo a

lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, como lo pretende la apoderada de Colpensiones, en tanto que, el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **Sobre los efectos de la ineficacia**

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

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de 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 Porvenir S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, deben 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 del demandante y no de los Fondos, adicionalmente, no 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 del accionante, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efectos la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora, no afectándose a los terceros de buena fe.

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.”*

Así las cosas, no están llamados a prosperar los planteamientos expuestos por la apoderada de Protección S.A., en este punto, precisando que no es posible aplicar al caso en estudio la sentencia de unificación traída a colación en los alegatos de conclusión, teniendo en cuenta que los supuestos facticos que allí se estudiaron corresponden a los de un pensionado. En cuanto al concepto expedido por la Superintendencia Financiera, 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 criterio, pues en este asunto, no se trata de un simple traslado, sino del incumplimiento al deber información que torno ineficaz la vinculación.

### **Traslado de los aportes voluntarios**

Se tiene que el a quo ordenó a Protección S.A. y Porvenir S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del actor, 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, aunado a ello, no existe prueba que el accionante hubiera realizado aportes voluntarios y de haberlos efectuados, lo procedente es su devolución al mismo, previa solicitud al fondo privado.

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 el 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, por lo tanto, debe REVOCARSE PARCIALMENTE en el numeral segundo del fallo, para ordenar a Protección S.A. y Porvenir S.A., trasladar también las comisiones de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a cada entidad, que respecto de Protección S.A., corresponde al 1º de octubre de 1994 al 30 de noviembre de

1999 y frente a Porvenir S.A., del 1° de diciembre de 1999 a la fecha, excluyendo los aportes voluntarios de la misma.

Frente al argumento de la apoderada de Colpensiones, consistente en que se ordene que todos los conceptos que deba trasladar Protección S.A. y Porvenir S.A., lo haga de manera indexada, se encuentra que no es procedente acceder a ello, por cuanto ya se está ordenando a las AFP codemandadas, devuelvan todos los conceptos provenientes de la afiliación y cotización realizada por el actor, los cuales, de paso, se recuerda, se encuentra conforme a las directrices planteadas por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y adicionalmente, se está ordenando el traslado de los rendimientos financieros que compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva de los aportes, por tanto, se le está asegurando a Colpensiones, que reciba todos los valores que el mismo hubiere recibido, en el evento en el que el accionante, siempre hubiere estado afiliado a esa entidad.

### **Pensión de vejez**

En cuanto a este problema jurídico, debe indicar la Sala, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición pensional, toda vez que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 36 años de edad, puesto que nació el 25 de enero de 1958, sin contar tampoco con los 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994.

Así las cosas, la norma a aplicar es el artículo 9 de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debiendo contar el demandante con 62 años y con 1300 semanas, que es el número mínimo de semanas exigidas para el año 2020, que es cuando cumplió la edad mínima pensional.

Revisada la prueba documental obrante en el plenario, encuentra la Sala que el demandante cumplió los 62 años de edad el 25 de enero del año 2020, y así mismo acredita 1555 semanas cotizadas en toda su vida laboral, tal y como se desprende de la historia laboral expedida por la codemandada Porvenir S.A., por lo tanto, supera ampliamente el requisito de las 1300 semanas de cotizaciones mínimas exigidas, encontrando ajustado a derecho la cuantía de la prestación y la fecha de disfrute determinadas por el a quo.

Sin costas en esta instancia por la prosperidad parcial de los recursos.

### **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 18 de febrero del 2021, en el proceso ordinario instaurado por el señor NELSON ANTONIO ZAPATA HOLGUIN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para en su lugar CONDENAR también a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar los gastos de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del

demandante en vigencia de la afiliación a cada entidad, que respecto de Protección S.A., corresponde al 1° de octubre de 1994 al 30 de noviembre de 1999 y frente a Porvenir S.A., del 1° de diciembre de 1999 a la fecha, excluyendo los aportes voluntarios de la misma.

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

3.- Sin Costas en esta instancia.

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

El fallo anterior 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. **65** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 20 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario



