



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-002-2020-00449-01
Demandante:	Gloria Cecilia Tabares Berrio
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 veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuestos por 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 12 de febrero del 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora GLORIA CECILIA TABARES BERRIO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Radicado 05001-31-05-002-2020-00449-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora GLORIA CECILIA TABARES BERRIO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la INEFICACIA o se deje sin efecto jurídico la afiliación al fondo privado de pensiones que hizo la demandante, trasladándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al que venía afiliada y que hoy administra Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que administra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., disponiéndose su regreso automático a COLPENSIONES y ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, o sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado y se ordene a Colpensiones reciba dichos aportes y autorice el regreso de la actora al Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad en dicha afiliación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la demandante se afilió al Régimen de Prima Media administrado en el momento por el ISS, en febrero de 1992, en el cual cotizó 212.72 semanas, que en octubre de 1998, trabajaba en Integral S.A., y a su oficina llegó un asesor de fondo de pensiones PROTECCIÓN, quien le manifestó que ese nuevo régimen pensional era su mejor opción, que el dinero de los aportes iba a estar garantizado con ellos, porque el Instituto de Seguros Sociales ISS, iba a desaparecer y corría el riesgo de que se perdiera el dinero, le aseguró que se podía pensionar a menor edad y con un valor mayor de pensión que en el

fondo público, sin explicarle cómo y en qué condiciones obtendría estos beneficios. Se narra que el 16 de junio de 2020, Protección S.A. en respuesta a derecho de petición formulado por la actora sobre el monto de su mesada, le indica que el único escenario en que se hace viable un reintegro de su capital es que se configure la devolución de saldos (artículo 66 Ley 100 de 1993), sin darle la opción de seguir cotizando hasta alcanzar las semanas necesarias para la pensión de garantía mínima; aduce que el valor aproximado de la pensión de la demandante en Colpensiones sería de \$ 3.895.724 a los 62 años de edad, cuando cumple las semanas requeridas por ley, menciona que cuando la accionante estaba próxima a cumplir los 47 años de edad, el 20 de septiembre de 2011, tampoco Protección le brindó reasesoría sobre la conveniencia de trasladarse al fondo público o quedarse en el fondo privado.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, se opone a las pretensiones y respecto a los hechos indica que no le constan por ser situaciones de carácter particular de la demandante, de las cuales Colpensiones no tiene conocimiento y deben ser objeto del debate probatorio.

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

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A**, replica la demanda indicando que es cierto que la actora se afilió a esa AFP el 01 de octubre de 1998, pero no es cierto que no se le hubiera suministrado la debida información, ya que los asesores de esa administradora cuentan con toda la preparación y capacitación

para orientar en forma debida a los posibles afiliados y no hacía parte de sus argumentos para asesorar, el decir que el ISS “ se iba a acabar”, sostiene que al momento de la asesoría brindada se le explicó a la demandante sobre la forma en que se construye la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, lo cual es a través de una cuenta de ahorro, pues al momento de la asesoría, se realizan las respectivas proyecciones pensionales verbales en ambos regímenes, aclarando que, como su nombre lo dice, eran estimativos del valor de las mesadas pensionales que se hacían con la información que contaba tanto la AFP como la demandante para el momento de la afiliación; expone que no es cierto que a la demandante no se le brindará reasesoría pues Protección realizó la misma el 21 de julio de 2011, donde le indica la fecha límite para realizar el traslado al RPM, en caso de estar interesada en hacerlo, basado en proyecciones pensionales realizadas por la AFP y entregadas a la actora.

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

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 04 de marzo de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, declaró la INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A., condenó a AFP PROTECCION a trasladar a la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, y a trasladar todos los valores acumulados en las cuentas de ahorro individual, que haya recibido con motivo de las afiliaciones, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, ahorros voluntarios art. 62 de la Ley

100/93, con excepción únicamente de los dineros descontados por cuotas de administración de las cuentas de ahorro individual; ordenó a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida que administra, sin solución de continuidad, a recibir todos los dineros que le sean trasladados por PROTECCIÓN y a corregir sus historias laborales; declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración de las cuentas de ahorro individual, y no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN y condenó en costas a PROTECCION S.A.

Dentro del término de ejecutoria del fallo, el a quo aclaró el alcance del numeral segundo del fallo, en el sentido de que orden de traslado incluye las sumas adicionales de la aseguradora.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A.

La apoderada de la AFP presentó el recurso parcial de apelación respecto a la orden de trasladar el concepto descontado por seguro previsional, teniendo en cuenta que este rubro ya fue girado a una aseguradora con el fin de que, en caso de un siniestro de invalidez y muerte, pagara una suma adicional para financiar las pensiones por dichos conceptos. Destaca que dicha prima fue pagada mes a mes y Protección S.A. se encuentra imposibilitada para solicitar su devolución y trasladarla a Colpensiones, además la aseguradora es un tercero de buena fe y debió haberse llamado al proceso.

Colpensiones

La apoderada de la entidad pública interpone el recurso de apelación parcial, respecto a la decisión de no ordenar la devolución de las cuotas de

administración, apoyada en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, el cual establece la distribución de las cuotas y en el artículo 39 del decreto 656 de 1994, que define las cuotas de administración como ingresos de las AFP, los cuales tienen origen en la afiliación, argumentando que cuando se declara ineficaz o nula la afiliación en virtud de la afectación del derecho de información, debe devolverse las cotizaciones, los rendimientos y las cuotas de administración porque estos generan un enriquecimiento sin causa, en favor de las AFP y en detrimento de la administradora colombiana de pensiones, pues no tuvo en su poder esos dineros que hubiera servido para capitalizar el Régimen de Prima Media y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que estos dineros deben ser devueltos con cargo a las propias utilidades. Agregando que los mismos deben devolverse debidamente indexados.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció el apoderado de la parte demandante, solicitando se confirme la sentencia proferida por el a quo, toda vez que la misma esta sustentada en la amplia y reiterada línea jurisprudencial, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la violación al deber de información por parte del fondo privado demandado, específicamente a las subreglas fijadas en dichas jurisprudencias, las que se aplican íntegramente al caso debatido.

También se pronunció la apoderada de Colpensiones, resaltando que la demandante se encuentra incurso en la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador conforme el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, aduce que la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida, en razón a su desconocimiento, pero debe tenerse presente que el error, fuerza y

dolo, deben ser probados, no siendo suficiente la mera afirmación de la parte actora

Por último, solicita que en el evento que se declare la ineficacia de la afiliación, se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior por cuanto si el afiliado no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto, máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz, por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno y la entidad que representa es de orden público y va entrar en un detrimento patrimonial si debe reconocer una pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado en el tiempo que duro su vínculo con el régimen 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 demandante nació el 20 de septiembre de 1964, tal y como se desprende de la copia de la cédula, obrante a folio 42 y 43 del expediente digital.
- Que la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección S.A., el 01 de octubre de 1998, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de 1998, de conformidad con el formulario obrante a folio 38 del documento “09M-02-02-21 Respuesta Protección”.
- Que la accionante acredita un total de 901.28 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., el 19 de abril de 2019, obrante a folios 24 a 29 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 Noveno 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 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 traslado por incumplimiento del deber de información y por lo tanto debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante; en consecuencia, la sentencia debe ser 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 y excluir el traslado de los aportes voluntarios y ADICIONADA en el mismo numeral para ordenar el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima . 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	<p>FUNDADORA</p> <p>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</p> <p>Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones</p>
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	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>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.</p>
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>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.</p>
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información</p> <p>Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones</p>
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	<p>ACLARATORIA</p> <p>El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre</p>

	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 de la señora Gloria Cecilia Tabares Berrio, a través de la AFP Protección S.A., el 01 de octubre de 1998, con fecha de efectividad el 1° de diciembre de la misma anualidad, tal como se acredita con el formulario obrante a folio 38 del documento “09M-02-02-21 Respuesta Protección”, 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 Protección S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, la misma indicó que es ingeniera civil que, en 1998, se encontraba trabajando en Integral S.A., hubo una asesoría general con Protección S.A., a la cual no pudo asistir pero si su esposo quien trabajaba en la misma empresa, que cuando terminó la reunión, su esposo la buscó, se reunieron con el asesor y firmaron el traslado, que el asesor le dijo que el Seguro se estaba acabando y que la plata estaba más segura en el fondo privado, que se le indicó que en el momento de pensionarse iba a recibir una mejor pensión, que el tiempo del ISS era acumulable, niega que le dieran más explicaciones, acepta que en el mes de junio de 2011, la llamaron para brindarle información de su situación pensional, que estuvo en las oficinas y le hicieron la proyección en los dos Fondos, que no entendió las cifras, que si bien le dijeron que le convenía trasladarse, la asesora, por fuera, le dijo que por tener muy pocas semanas y no tener continuidad, era mejor que se quedará porque en Protección S.A. porque le devolvían todo el dinero y por ello mandó un correo quedándose en Protección, porque no encontró quien la asesorara. De lo dicho por la actora, no se deriva prueba de confesión, pues si bien admite que recibió alguna información sobre el RAIS, no es posible señalar, que Protección S.A., cumplió con el deber de información, pues la asesoría suministrada a la demandante, fue parcial e incompleta.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Protección S.A., a la pretensora 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 la reasesoría por parte de la AFP, el 21 de julio de 2011, de la cual obra constancia a folio 39 a 41 de la respuesta de Protección, no tiene relevancia en el proceso en tanto ésta no tiene la virtud de convalidar el traslado inicial, dado que la información debe entregarse de manera oportuna, como lo precisó la Sala de Casación Laboral, en la citada sentencia SL1688 del 08 de mayo de 2019.

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, 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 y por lo tanto no se requiere la vinculación de esta misma al proceso.

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 la 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, aunado a ello, no existe prueba que la accionante hubiera realizado aportes voluntarios y de haberlos efectuados, lo procedente es su devolución a la misma, 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 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.

Así las cosas, encuentra la Sala, que la orden impartida por el señor Juez Noveno Laboral del Circuito de Medellín, se encuentra parcialmente ajustada a los anteriores criterios, debiendo **REVOCARSE PARCIALMENTE** la sentencia en su numeral segundo, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar también a **COLPENSIONES**, las cuotas de administración que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante y excluir del traslado los aportes voluntarios y **ADICIONARSE** en el mismo numeral para ordenar también el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima.

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 Noveno Laboral de Circuito de Medellín, el 12 de febrero de 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora **GLORIA CECILIA TABARES BERRIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y en su lugar se **CONDENA** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar también a **COLPENSIONES**, las cuotas de administración que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante y excluir del traslado los aportes voluntarios que hubiese efectuado la pretensora, de igual manera se **ADICIONA** el mismo numeral para ordenar también el traslado de los

aportes al Fondo de Garantía Mínima que fueron descontados en vigencia de la afiliación.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de la 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. **69** fijado en la secretaria de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 26 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario