



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

Proceso: Ordinario Laboral Primera Instancia
Radicación: 05001-31-05-018-2019-00173-01
Demandante: Luis Fernando Gómez Taborda
Demandado: Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A
Asunto: Apelación y Consulta Sentencia
Procedencia: Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín
Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: INEFICACIA AFILIACION AL RAIS

Medellín, mayo siete (7) 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, de conformidad con el artículo 15 del decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recurso apelación interpuesto por la señora apoderada de Colfondos S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el 22 de enero de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor LUIS FERNANDO GÓMEZ TABORDA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., Radicado 05001-31-05-018-2019-00173-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor LUIS FERNANDO GÓMEZ TABORDA convocó a juicio a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A, pretendiendo, se declare la nulidad e ineficacia de su afiliación a Protección S.A., y Colfondos S.A., por falta de los requisitos legales y existir vicio en el consentimiento; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media, en consecuencia, se condene a Protección S.A. y Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes efectuados, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, condenándose a Colpensiones a reactivar la afiliación.

En respaldo de tales pedimentos, es esgrimió en síntesis, que el señor Luis Fernando Gómez Taborda nació el 14 de agosto de 1962, que el 3 de marzo de 1987, fue afiliado al entonces ISS, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual a través de Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., el 1º de octubre de 1995 y posteriormente a Colfondos S.A., en septiembre de 1998.

Se esbozó que Protección S.A., y Colfondos S.A., indujeron en error al demandante, al no suministrarle información clara y fehaciente respecto de las consecuencias que tendría con el cambio de régimen pensional, ni le hicieron un estudio previo e individual sobre los beneficios y perjuicios del traslado, no cumpliendo con el deber de información y bien consejo que les asiste.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES** dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y el traslado de régimen pensional efectuado por el mismo, señalando que no le constan las demás afirmaciones por ser ajenas a la entidad.

A su vez, propuso las excepciones de prescripción; improcedencia para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen; devolución de cuotas de administración; buena fe; improcedencia de condena en costas y compensación.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, replica la demanda, indicando que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, aclaró que el actor suscribió el formulario de afiliación a Colmena el 9 de septiembre de 1995, aceptó el traslado a Colfondos e indicó que no es cierto que la AFP haya engañado o inducido en error al demandante, así como no es cierto, que hubiera omitido información, pues al accionante se le explicó con claridad cuál era el funcionamiento del régimen, de qué factores dependía el monto de la pensión de vejez y la forma para acceder a la prestación, adicionalmente, asevera que al promotor del proceso se le explicaron las consecuencias de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, sin que se haya configurado ningún vicio en el consentimiento, resaltando que la entidad cumplió con todas sus obligaciones suministrando una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; traslado de aportes a Colfondos S.A.; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; prescripción y la innominada o genérica.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.**, admitió como cierta la fecha de nacimiento del demandante, señalando que no le consta la afiliación al ISS, ni a Protección S.A. En lo que respecta a la vinculación del actor a esa AFP, expuso que el señor Luis Fernando Gómez Taborda, de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación a Colfondos S.A., después de habersele brindado una asesoría integral y completa en relación con todas las implicaciones del traslado, en la cual se le informó acerca de las características del régimen, su funcionamiento, ventajas, desventajas y las diferencias con el régimen público, por lo que no es cierto que se hubiera engañado al demandante o que la entidad no hubiera cumplido con el deber de información.

En oposición a las pretensiones de la demanda invocó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; no existe prueba de causal de nulidad alguna; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; buena fe; compensación y pago; saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento y nadie puede ir en contra de sus propios actos y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante sentencia proferida el 22 de enero de 2020, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la administradora Colmena Pensiones y Cesantías S.A, ordenando a Colfondos S.A., efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, los rendimientos que se hubieren causado, sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración a Colpensiones, ordenando a ésta última reactivar la afiliación del demandante, recibir las sumas indicadas y continuar como administradora de pensiones del accionante y finalmente, condenó en costas a Protección S.A. y Colfondos S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos S. A.

Interpone recurso frente a la condena al traslado de gastos de administración y los conceptos diferentes a aportes y rendimientos, por todo el periodo de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, aduciendo que dicha condena resulta contraria al principio de equilibrio de las cargas procesales de las partes y los pronunciamientos reiterados de esta Corporación, en el sentido de que cada AFP que haya administrado los recursos pensionales de los afiliados, debe devolver los conceptos diferentes a aportes y rendimientos por el periodo de afiliación a cada una de ellas, y en este caso la falladora desconoció de tajo que la afiliación del demandante a Colfondos se dio con efectividad a partir del 1º de septiembre de

1998 y que antes de esa fecha estuvo afiliado a Colmena hoy Protección S.A., por lo que solicita se modifique la sentencia, ordenando a Protección S.A., que asuma los gastos de administración, por el periodo de afiliación del demandante a dicha AFP, y cualquier otro rubro diferente, pues al momento del traslado de Protección S.A., a Colfondos S.A., la entidad solo trasladó aportes y rendimientos.

Refirió que tampoco resulta procedente la condena en costas impuesta a Colfondos S.A, pues es claro que al no haber materializado el traslado del régimen, no puede considerarse como parte vencida en el proceso, pues si bien la entidad integra la parte pasiva de la Litis, ello obedece a la necesidad de que todas las entidades a las cuales ha estado afiliado el actor en el Régimen de Ahorro Individual comparezcan al proceso, pero solo frente a la AFP ante la cual se materializó el traslado de régimen podría resolverse las peticiones de ineficacia, tal y como lo dejó sentado la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el proceso radicado 019-2017-00905, con ponencia de la Magistrada Carmen Helena Castaño y en el proceso con radicado 014-2019-00161 con ponencia del doctor Hugo Alexander Bedoya.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión se pronunciaron las apoderadas de Colpensiones y Colfondos S.A. La procuradora judicial de la entidad pública accionada, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto es improcedente autorizar el traslado del accionante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al del Régimen del Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por Colpensiones, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, a quienes les faltare menos de 10 años para pensionarse. Subsidiariamente, en caso de confirmarse la decisión, de conformidad con lo establecido en las sentencias SL 1421, SL 1452 y SL 1688 todas del año 2019, se garantice el traslado de todo el capital, los rendimientos,

cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones, frutos e intereses que se hayan generado de manera indexada.

La apodera de Colfondos S.A., solicita no se ordene el traslado, al Régimen de Prima Media, de conceptos diferentes a los ya señalados en el fallo de primera instancia. Señalando que el porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, está destinado a cumplir el principio de solidaridad, que irradia el Sistema General de Pensiones y el pago de las pólizas previsionales de invalidez y muerte, está destinado al cubrimiento de estas contingencias, por lo que el demandante ha estado amparada por dichos riesgos con el pago de las primas de las pólizas previsionales en vigencia de su afiliación a Colfondos y lo estará hasta la ejecutoria del fallo que dirima en forma definitiva la controversia. Adicionalmente, solicita no se disponga la indexación de los valores a devolver a Colpensiones, teniendo en cuenta que con los rendimientos generados, se compensa este concepto.

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 lo no controvertido por Colpensiones, 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:

- el señor Luis Fernando Gómez Taborda nació el 14 de agosto de 1962, conforme a la copia del registro civil de nacimiento obrante a folio 22 del expediente digital.
- Que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 25 de septiembre de 1995, trasladándose posteriormente a Colfondos S.A., el 1º de julio del año 1998, conforme a los formularios de afiliación visible a folios 178 y 237 del expediente digital.
- El demandante ha cotizado un total de 1563 semanas en su vida laboral, según el consolidado de la historia laboral expedida por Colfondos S.A., (folios 32)

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe la Sala determinar si:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta proferida en el presente proceso por la señora Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, verificando si es ineficaz el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colmena S.A., hoy Protección S.A.?

¿Si es procedente ordenar a Colfondos S.A. y Protección S.A., trasladar a Colpensiones las comisiones por administración y las cuotas de seguros

previsionales por todo el tiempo que estuvo vigente la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual?

¿Procede la condena en costas a cargo de Colfondos S.A., en favor del demandante?

2.4. TESIS

Problemas jurídicos que se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado efectuado por el demandante y como consecuencia deben ser trasladados la totalidad de los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, como consecuencia la sentencia debe ser ADICIONADA en su numeral cuarto, en el sentido de CONDENAR a Colfondos S.A., a trasladar también a Colpensiones, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a dicha entidad y CONDENAR a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, seguros provisionales y aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a dicha entidad, CONFIRMÁNDOLA en las demás partes.

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 ibídem 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^{<1>} 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 anteriores pronunciamiento 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 demandante a través de Colmena S.A., hoy Protección S.A., conforme al formulario de vinculación suscrito el 25 de septiembre de 1995, obrante a folios 178 del plenario, trasladándose posteriormente a Colfondos S.A., el 1º de julio del año 1998, no obstante, dichos formularios no dan cuenta de información que fue brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “ 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.

En el interrogatorio practicado al demandante, expresó que se le presentó la posibilidad de trabajar en Barranquilla en el año 1995 y allá en la empresa lo afiliaron a Colmena, que no tuvo ninguna asesoría de dicho fondo, que no le informaron que estaba haciendo un traslado de régimen y que como no tenía conocimiento sobre el tema, no hizo observaciones, ni preguntas. No siendo posible deducir confesión de lo expresado por el accionante, pues debe destacarse que conforme lo declarado al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, el actor no recibió ninguna asesoría.

En este contexto, no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que Colmena S.A., hoy Protección S.A. cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones de su afiliación, razón por la cual no es posible una decisión distinta a la que adoptó la funcionaria de primer grado.

Traslado de Gastos de Administración

Encuentran sustento jurídico las condenas impuestas a Colpensiones de validar la afiliación del demandante y recibir los dineros que deben ser trasladados por Colfondos S.A., advirtiendo en este punto, bajo la égida de la consulta, que deben trasladarse no solo las comisiones de administración y cuotas de seguros previsionales, sino también los aportes al Fondo de Garantía Mínima, ello por cuanto la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, esto es, como si no hubiese existido, de ahí que no pueden excluirse del traslado dichos conceptos, que 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, debiéndose aclarar, que dichos conceptos deben ser trasladados por cada una de las administradoras accionadas, en atención a la vigencia de la afiliación del accionante a cada entidad, tal y como lo reclama la apoderada de Colfondos S.A., en la sustentación del recurso de alzada, no pudiendo recaer esta obligación de manera exclusiva en Colfondos S.A, pues no existe fundamento alguno, para que sea dicha entidad quien traslade los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales a Colpensiones, por los periodos en los cuales estuvo vigente la afiliación del promotor del proceso a Protección S.A.

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 ninguna de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue

Protección S.A, quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información, y que el actor presentó movilidad dentro del mismo régimen al trasladarse a Colfondos S.A., entidad en la cual se encuentra vigente su afiliación, 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 del Fondo, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, según lo previsto en el literal b) del 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, motivo por el cual no puede acogerse la solicitud presentada por la apoderada de Colfondos S.A., en los alegatos finales, tendiente a que no se ordene el traslado de este concepto.

Ahora bien, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación, generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación también deben ser trasladados, advirtiendo que con ello no se afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora, en tanto estos valores al no estar dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser asumidos directamente por la A.F.P.

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

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

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

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

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

una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión.”

En este contexto jurídico le asiste razón a la apoderada de Colfondos en el sentido de que Protección S.A., debe, igualmente, ser condenada a trasladar las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía Mínima, que se causaron en vigencia de la afiliación.

Corolario de lo anterior, encuentra la Sala, que la orden impartida por la señora Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, se encuentra parcialmente ajustada a derecho, debiendo ADICIONARSE en su numeral cuarto, en el sentido de condenar a Colfondos S.A., a trasladar también a Colpensiones, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a dicha entidad, así mismo, para condenar a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, cuotas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima, descontados al actor en vigencia de la afiliación a dicha entidad, esto es, del 1º de octubre de 1995 al 31 de agosto de 1998.

En lo que concierne al reparo presentado por la apoderada de Colfondos S.A., en torno a la condena en costas a cargo de su representada, encuentra esta Sala de Decisión Laboral que no es procedente atender el planteamiento de la apoderada recurrente, teniendo en cuenta, que aunque la ineficacia declarada se da respecto del traslado realizado por el actor a Colmena S.A., hoy Protección S.A., con el cual se genera el cambio de régimen pensional, Colfondos S.A., presentó oposición a las pretensiones a través de las excepciones propuestas y resultó vencida en juicio, razón por la cual no es posible exponerla de las costas procesales, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso.

Finalmente, en atención a la solicitud presentada por la apoderada de Colpensiones, en sus alegatos de conclusión, consistente en que se ordene la indexación de todos los conceptos que deban ser trasladados, 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, con los rendimientos financieros los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva del peso colombiano. Tales órdenes, se encuentra conforme a las directrices planteadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y adicionalmente, 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.

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

3. DECISION

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

FALLA:

1.- Se **ADICIONA** el numeral cuarto de la Sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de enero de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar también a Colpensiones, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a dicha entidad, así mismo, para **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, cuotas de seguros provisionales y aportes al fondo de garantía mínima, descontados al actor en vigencia de la afiliación a dicha entidad, esto es, del 1º de octubre de 1995 al 31 de agosto de 1998.

2.- Se **CONFIRMA** en las demás partes, la Sentencia de Primera Instancia.

3.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. se fijan agencias en derecho en la suma de **\$908.526** moneda legal

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. **79** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 10 de MAYO de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario