



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-019-2020-00113-01
Demandante:	Jose Alberto Montoya Sánchez
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A., Colfondos S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín.
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS.

Medellín, junio once (11) de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Colpensiones y Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no controvertidos, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el 22 de abril de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor JOSE ALBERTO MONTOYA SÁNCHEZ en contra de la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Radicado 05001-31-05-019-2020-00113-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor JOSE ALBERTO MONTOYA SÁNCHEZ, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado en pensiones del ISS hacía Colfondos S.A.; se declare que siempre ha estado válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene a Protección S.A., a trasladar los aportes en pensiones, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos a Colpensiones, ordenándose a esta última, a aceptar el traslado y validar los aportes pensionales en la historia laboral.

Como fundamento de dichas peticiones, se indicó, en síntesis, que el señor José Alberto Montoya Sánchez nació el 17 de noviembre de 1965, que se trasladó del ISS a Colfondos S.A., en 1996, momento en el cual no se le advirtió de los efectos del traslado de régimen, limitándose el asesor a asegurarle al actor que se pensionaría anticipadamente, con una mejor mesada pensional y que el Régimen de Prima Media se iba a acabar, de lo que se desprende que el fondo de pensiones suministró una información inadecuada, insuficiente y falsa. Asimismo, se indicó que el accionante se trasladó Protección S.A., en julio del año 2001, entidad que tampoco le suministró la información adecuada, idónea y veraz.

1.2.- CONTESTACIÓN

Al dar respuesta a la demanda, **COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó como cierta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, indicando, no constarle los demás hechos, por tratarse de situaciones ajenas a la entidad.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; buena fe; prescripción; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.**, señaló que no se opone a las pretensiones y en atención a ello, no formuló excepciones. Respecto de los supuestos fácticos de la demanda, acepta como cierta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y el traslado a Colfondos S.A., advirtiendo que no es cierto que se haya suministrado una información inadecuada e insuficiente al accionante, por cuanto los asesores de Colfondos S.A., están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes, ventajas, desventajas y, en el caso, se entregó información objetiva al actor sobre el Régimen de Ahorro Individual y su comparación con el Régimen de Prima Media, realizando una asesoría especializada e idónea.

Por último, **PROTECCIÓN S.A.**, dio respuesta a la demanda, aceptando como cierta la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación a Protección S.A., el 11 de mayo de 2001, señaló que no le consta la afiliación al ISS, ni a Colfondos S.A., y que no es cierto que al actor no se le brindó información, pues siempre se le señaló el funcionamiento de uno y otro régimen, las diferencias, la forma de construir la pensión, los requisitos y las fórmulas para calcular su monto, por lo que carece de todo sustento las afirmaciones que se

realizan, pues la asesoría brindada al accionante al momento de su vinculación fue suficiente, clara, coherente y precisa.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la 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

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, al que le correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo proferido el 22 de abril del 2021, declaró ineficaz el traslado del demandante al de Ahorro Individual con Solidaridad, materializado a través de Colfondos S.A. y posteriormente Protección S.A., por lo que, para efectos pensionales, siempre ha estado afiliado al Régimen de Prima Media; ordenó a Colpensiones aceptar el regreso o vinculación del actor a esa entidad; ordenó a Protección S.A., trasladar los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados al pago de seguros previsionales, con destino a Colpensiones, y condenó a ésta, a recibirlos para que su equivalente en semanas, se refleje en la historia laboral. Así mismo, dispuso que Colfondos S.A., traslade a Colpensiones los gastos de administración y comisiones que hubieren percibido durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo y finalmente, condenó en costas a Protección S.A y a Colfondos S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A.

Interpone recurso respecto de la condena a la devolución de comisiones de administración, señalando que se debe tener en cuenta que la deducción de este dinero se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente y no por capricho de la entidad y se trata de comisiones ya pagadas, causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que en el hipotético caso que se asuma que Protección S.A., no realizó la gestión de administración y se ordene la devolución de esos conceptos a Colpensiones, no debe proceder la devolución de los rendimientos generados mientras estuvo afiliado a la entidad los que se generan producto de la buena la gestión y la buena administración, además, en caso de declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados en la cuenta de ahorro individual sin los rendimientos, pues de haber estado todo este tiempo afiliado al Régimen de Prima Media no se hubiera ostentado tales rendimientos.

Colpensiones

Interpone recurso indicando que con la decisión del despacho se menoscaba el patrimonio del Régimen de Prima Media, de acuerdo al artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005, que estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social, por un lado como un derecho constitucional fundamental y por el otro como un servicio público de carácter obligatorio, el cual se debe prestar bajo la dirección coordinación y control del Estado en aras a la materialización de los principios

de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros, en consecuencia, la declaración injustificada de la ineficacia de traslado de una afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y la reactivación de la afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, dada la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante, por lo que solicita se revoque la sentencia.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de Colpensiones y Protección S.A. La procuradora judicial de la entidad pública accionada, manifestó que, si bien existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia, de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que para el caso concreto no se encuentra probado que el traslado de régimen realizado por el demandante, haya sido por falta de información o información insuficiente. Advirtiendo igualmente, que el demandante no puede ser trasladado al Régimen de Prima Media, pues ya superó la edad permitida por ley para realizar el cambio de régimen, el cual desestabilizaría el sistema financiero, por lo que solicita, se revoque la sentencia y en el evento de que se considere procedente la declaratoria de ineficacia, se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones, a más de lo ordenado en primera instancia, el valor del descuento al Fondo de Pensiones de Garantía Mínima, cuotas de seguro previsional y todos los gastos de administración, conforme lo dispuesto en las sentencias SL 81989 de 2008, SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019.

Por su parte la apoderada de Protección S.A., expuso que todas las actuaciones de la entidad están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, por lo que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por esta AFP, lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el

artículo 13 de la Ley 100 de 1993, haciendo énfasis en que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994, resaltando igualmente, que el conocimiento sobre los productos que adquiere un consumidor financiero es una responsabilidad compartida, entre las entidades financieras y sus consumidores, quedando a cargo de estos últimos un deber de consulta, verificación, investigación y revisión de los productos que está contratando, como lo es la vinculación a un fondo de pensión obligatoria

Así mismo, y en el evento de condena, señaló que las consecuencias de la ineficacia lo son que el contrato nunca existió, que Protección S.A., nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, que los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y que no existió cobro de una comisión de administración, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la teoría de las prestaciones acaecidas, condenar a Protección S.A., a asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, constituye una condena en perjuicios contra el patrimonio de la entidad, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de ésta, y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la parte demandante.

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 JOSE ALBERTO MONTOYA SÁNCHEZ, nació el 17 de noviembre de 1965, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 30 del anexo *“01. DEMANDA Y ANEXOS”*.
- Que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A., el 31 de octubre de 1996, con efectividad del 1º de diciembre de la misma anualidad, trasladándose posteriormente a Protección S.A., el 11 de mayo del año 2001, conforme al historial de vinculaciones obrante a folios 36 del anexo *“09. CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.”*

- Que el accionante acredita un total de 1247.85 semanas cotizadas, conforme al consolidado de historia laboral generado por Protección S.A., el 3 de octubre de 2020, obrante a folios 38 del anexo “09. CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.”

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 Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por la AFP Colfondos S.A., efectuado por el demandante el 31 de octubre de 1996?

¿Si 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 efectuado por el demandante 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 del mismo, en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA PÁRCIALMENTE en el numeral tercero, en tanto excluyó del traslado los valores destinados al pago de seguros previsionales y ADICIONADA en el mismo numeral, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar también a Colpensiones los aportes al Fondo de Garantía Mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, así como en el sentido de ordenar a

COLFONDOS S.A., traslade a COLPENSIONES las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del 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 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 establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el asunto sub examine, se establece el traslado de régimen pensional del señor Jose Alberto Montoya Sánchez, a través de la AFP Colfondos S.A., el 31 de octubre de 1996, con fecha de efectividad el 1° de diciembre de la misma anualidad, conforme al historial de vinculaciones SIAFP aportado por Protección S.A., advirtiéndose que no se aportó al proceso la copia del formulario de vinculación del actor a Colfondos S.A., Igualmente, se acreditó que el accionante se trasladó de Colfondos S.A., a Protección S.A., el 11 de mayo del año 2001, según se desprende del formulario de afiliación visible a folio 33 del anexo “09. CONTESTACIÓN PROTECCIÓN”, formulario que debe indicarse, no demuestra la información que fue brindada al accionante, pues 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 inicialmente la AFP Colfondos S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, conforme a las disposiciones vigentes para la fecha del mismo, deber que tampoco se acredita hubiere sido cumplido por Protección S.A., de ahí que no sea posible atender los argumentos expuestos por las apoderadas de Protección S.A. y Colpensiones, en sus alegaciones finales.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se deriva prueba de confesión, pues el mismo afirmó que se afilió a Colfondos cuando decían que el Seguro Social se iba a terminar, que no le explicaron que los dineros

generarían rendimientos en Colfondos S.A., que lo único que siempre les dijeron los fondos privados, era que se podían retirar más jóvenes y que la parte económica podía ser mejor que en cualquier otro fondo, que no le explicaron que pasaría con las semanas que tenía cotizadas en el ISS. Refirió que se afilió a Protección en el año 2001, por que ingresó a trabajar a Cofinsura, que en ese tiempo era del sindicato antioqueño, ahora grupo empresarial Antioqueño, que los asesores llegaron a Cofinsura, y les dijeron que se pasaran porque era del mismo grupo Antioqueño y lo mismo, que se iban a poder retirar más jóvenes que la rentabilidad iba a ser excelente, pero no hubo una explicación al detalle, explicando que si bien no se sintió coaccionado para afiliarse, si había una presión, porque el fondo de pensiones era del mismo grupo financiero.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Colfondos 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 accionante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, como lo pretende la apoderada de Colpensiones en sus alegatos, en tanto que, el retorno del mismo 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, razón por la cual no es posible atender la petición elevada por la apoderada de Protección S.A., en la sustentación del recurso de alzada, tendiente a exceptuar del traslado las comisiones de administración.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue Colfondos S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información, y siendo Protección S.A., la entidad en la cual se encuentra activa la afiliación del actor, 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, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al 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 efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas, sin que se afecten los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

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

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

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

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

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

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 el numeral tercero del fallo, para en su lugar ordenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES las cuotas de seguros previsionales y así mismo, ADICIONARSE dicho numeral a fin de ordenar a PROTECCIÓN S.A, el traslado también a COLPENSIONES de los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante y ordenarse a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES 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 dicha entidad, esto es, entre el 1° de diciembre de 1996 y el 30 de junio del año 2001.

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes, se fija como agencias en derecho la suma de \$908.526, a cargo de cada una de ellas.

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 tercero de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral de Circuito de Medellín, el 22 de abril de 2021, en el proceso ordinario instaurado por el señor JOSE ALBERTO MONTOYA SÁNCHEZ, y en su lugar, se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a COLPENSIONES las cuotas de seguros previsionales. Así mismo, se **ADICIONA** dicho numeral a fin de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.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 y **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES 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 dicha entidad, esto es, entre el 1º de diciembre de 1996 y el 30 de junio del año 2001.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526, a cargo de cada una de ellas.

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

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. **102** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 15 de JUNIO de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario