



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-011-2019-00508-01
Demandante:	Marta Lucía Monsalve Posada
Demandado:	AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, mayo veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a decidir los recursos de apelación interpuesto por la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública codemandada, en los aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, respecto de la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Marta Lucía Monsalve Posada contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-011-2019-00508-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Marta Lucía Monsalve Posada convocó a juicio a las AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado al Régimen de Ahorro Individual; se declare que siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media; se condene a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones E.I.C.E. todos los aportes cotizados, incluyendo los rendimientos financieros, y sin descontar los gastos de administración ni los seguros previsionales; y se condene a la AFP Protección S.A. a cancelar el cálculo actuarial necesario para financiar la pensión de vejez. En subsidio, y a título de indemnización de perjuicios, procura que se condene a la AFP Protección S.A. a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, bajo los parámetros del Régimen de Prima Media, asumiendo con cargo a su propio patrimonio el mayor valor respecto de la mesada liquidada bajo el Régimen de Ahorro Individual.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que la señora Marta Lucía Monsalve Posada nació el 26 de abril de 1960, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en febrero de 1991, y se trasladó a la AFP Protección S.A. e en junio de 1997, sin haber recibido información adecuada, oportuna ni suficiente, en la medida en que no recibió asesoría personalizada sobre las consecuencias del traslado ni los beneficios y desventajas de cada régimen.

Dijo que cuando cumplió los 57 años de edad solicitó la devolución de saldos, porque así se lo aconsejó un asesor de la AFP Protección S.A., prestación de la que desistió el 14 de marzo de 2019; que para la misma época la AFP Protección S.A. proyectó que en el Régimen de Ahorro Individual solo podría acceder a la devolución de saldos, y en el Régimen de Prima Media, solo tendría derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, y que si continuaba cotizando hasta los 62 años, en el Régimen de Ahorro Individual podría causar el derecho a

la garantía de la pensión mínima, mientras que en el Régimen de Prima Media tendría una mesada aproximada a los \$1.711.000 (págs.05-14, doc.01, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** aceptó que la señora Marta Lucía Monsalve Posada nació el 26 de abril de 1960, se afilió a la entidad el 01 de junio de 1997, y le proyectó que a los 62 años tendría derecho a la garantía de pensión mínima, en el Régimen Ahorro Individual, o la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el Régimen de Prima Media.

Afirmó que la demandante recibió de sus asesores información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible y precisa respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el más beneficioso, según sus condiciones personales, y que, aunque la actora tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media, dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su posición de permanecer afiliada al Régimen de Ahorro Individual. Consecuentemente, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración (págs.140-170, doc.01, carp.01).

Por su parte, **COLPENSIONES E.I.C.E.** asintió que la señora Marta Lucía Monsalve Posada nació el 26 de abril de 1960, y se afilío al ISS en febrero de 1991. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que la demandante suscribió libre y voluntariamente el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, que su consentimiento se ratificó con el transcurso incuestionado del tiempo, y que permitir su retorno al Régimen de Prima media afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

En su defensa excepcionó de mérito la improcedencia de la declaratoria de ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS; prevalencia de la autonomía de la voluntad privada; prescripción; e imposibilidad de condena en costas (págs.224-234, doc.02, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 02 de diciembre de 2022, declaró la ineficacia de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual de la señora Marta Lucía Monsalve Posada; ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar al Régimen de Prima Media las cotizaciones, gastos de administración, primas del seguro de invalidez y sobrevivencia, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, primas del reaseguro de Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren descontado en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha administradora, con todos sus frutos e intereses; ordenó a la AFP Protección S.A. a indexar las sumas a devolver deducidas de la cotización, esto es, los costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro de Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad, sin aplicar ninguna equivalencia; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. recibir las sumas trasladadas del Régimen de Ahorro Individual, y reactivar la vinculación de la accionante al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones de prescripción y compensación; y condenó en costas a la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en favor de la demandante (doc.09, carp.01).

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** interpuso el recurso de alzada en procura de que se revoque parcialmente la decisión, y en su lugar, se absuelva a su representada del traslado de los gastos de administración, las primas del seguro previsional, las primas del reaseguro de Fogafín, y la indexación de los

referidos conceptos, arguyendo que los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, por ser un encargo fiduciaria, que se actualiza cada año y no sufre los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que la indexación dispensada constituye un doble pago; y que el reaseguro de Fogafín fue derogado respecto de las administradoras de fondos de pensiones desde el año 2009, y las sumas recaudadas por dicho concepto se trasladaron al Ministerio de Hacienda (minuto 02:52:10, doc.10, carp.01).

Finalmente, la procuradora judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.** apeló la sentencia de primera instancia, arguyendo que a la demandante la faltan menos de diez años para cumplir la edad mínima para adquirir la pensión de vejez, siendo improcedente autorizar el traslado de régimen pensional instado, en la medida en que el presunto engaño al que fue inducida la pretensora por parte del fondo privado no fue debidamente acreditado; porque las pretensiones de la actora se ahíncan en el beneficio económico que obtendría la actora de pensionarse en el Régimen de Prima Media, sin que éste constituya un fundamento atendible para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; y que la accionante seleccionó libre y voluntariamente el Régimen de Ahorro Individual.

En subsidio, solicitó se confirme la condena impuesta a cargo del fondo privado, para que devuelva todos y cada uno de los aportes efectuados por la demandante, incluyendo aquellos conceptos que afectaron el monto de la cotización; y por ultimo solicitó se revoque la condena en costas impuesta en cabeza de su representada, siendo que la misma no tuvo injerencia en la decisión de traslado de régimen pensional, ni tenía la facultad de acoger administrativamente las pretensiones incoadas por la demandante (minuto 02:55:35, doc.10, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la apoderada judicial de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (doc.03, carp.01), insistió en la solicitud de revocatoria en lo que concierne al traslado de la prima del

reaseguro de Fogafin. Por su parte, la poderhabiente judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.** reiteró los argumentos esbozados en la sustentación del recurso de alzada (doc.04, carp.02).

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, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, respectivamente.

De igual forma, procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los aspectos que no fueron objeto de alzada, 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 LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que la señora Marta Lucía Monsalve Posada nació el 26 de abril de 1960, tal y como se desprende del documento de identidad (pág.19, doc.01, carp.01), y del registro civil de nacimiento (págs.20-21, doc.01, carp.02).
- Que el 25 de febrero de 1991 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, pues así se infiere de la historia laboral válida para bono pensional (págs.190-191, doc.01,

carp.01) y del resumen de semanas cotizadas expedido por Colpensiones E.I.C.E. (subcarp.05, carp.01).

- Que el 01 de junio de 1997 se trasladó a la AFP Protección S.A., tal y como lo demuestra el formulario de afiliación incorporado tanto por la parte actora como por la entidad demandada (págs.27, 182, doc.02, carp.01).

- Que el 24 de enero de 2019 la AFP Protección S.A. proyectó que a los 59 años la actora podría acceder a la devolución de saldos, en el Régimen de Ahorro Individual, o a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el Régimen de Prima Media (págs.28-32, doc.01, carp.01).

- Que el 16 de febrero de 2019 la demandante desistió de la solicitud radicada la AFP Protección S.A. para la devolución de saldos (págs.23-26, doc.01, carp.01), dejación que fue aceptada el 14 de marzo de 2019 (págs.22, doc.01, carp.01).

- Que el 23 de abril de 2019 la actora le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual (págs.33-36, doc.01, carp.01), petición que fue rechazada el día 27 del mismo mes y año porque superaba los 47 años de edad, encontrándose a menos de diez años del requisito de la edad para pensionarse (págs.37-39, doc.01, carp.01).

- Que el 28 de mayo de 2019 la AFP Protección S.A. proyectó que a los 62 años podría acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual, o a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el Régimen de Prima Media (págs.44-47, doc.01, carp.01).

- Y que para el 25 de noviembre de 2019 la pretensora contaba con 1.186,15 semanas cotizadas (págs.193-206, doc.01, carp.01), y un saldo acumulado de \$176.685.844 (pág.192, doc.01, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado el 01 de junio de 1997 por la señora Marta Lucía Monsalve Posada, desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., adolece de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a la AFP Protección S.A., además del traslado de las cotizaciones y los rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, las primas del seguro previsional, las primas del reaseguro de Fogafin, y los aportes a fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

¿Si procede la condena en costas a cargo de Colpensiones E.I.C.E. en la primera instancia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto jurídico de traslado por incumplimiento del deber de información, (ii) debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria De la demandante, dentro de los cuales no están incluidos las primas del reaseguro Fogafin ni los aportes para el fondo de solidaridad pensional, y (iii) no procede la condena en costas respecto de Colpensiones E.I.C.E., siendo que la misma no tuvo injerencia en la afiliación sobre la que recae la declaratoria de ineficacia; en consecuencia, la sentencia de primera instancia será REVOCADA y CONFIRMADA.

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 de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media 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 la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El*

empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley”.

A su vez, el artículo 271 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 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.”*

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 de la afiliada, 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 de la afiliación inicial o el 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 SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, entre muchas otras.

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, deben aplicarse las dos sub reglas 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 a las mismas 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 tiene por establecido el traslado de la señora Evelyn Julio Estrada, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., el 01 de junio de 1997, según se extrae del formulario de afiliación incorporado (págs.27, 182, doc.02, carp.01), no obstante, el referido documento no da cuenta de la información brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad informada del traslado de régimen pensional, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a la demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que en el año 1997 se vinculó en carrera al hospital de San Jerónimo – Antioquia, oportunidad en la que la afiliaron sin explicarle que existían diferentes regímenes o fondos de pensiones; que cuando firmó el formulario de la AFP Protección S.A. solo estaba acompañada por el empleador; que para aquella época no tenía padres, cónyuge, compañeros ni hijos beneficiarios; que no tenía ningún conocimiento sobre el Sistema General de Pensiones; que en el año 2007 recibió una llamada de Protección en la que le informaron que se pensionaría dos años antes de la edad mínima, siendo ésta la razón por la que no se trasladó; y que en esa oportunidad le advirtieron que hasta ese momento podía retornar a Colpensiones, pero nunca le informaron que se pensionaría con un salario mínimo (min 00:47:20, doc.12, carp.01).

En igual sentido, se advierte que, aunque, en el cartulario reposa un formulario de “Reasesoría Pensional” con fecha del 30 de enero de 2007, y en el que se advierte que a la afiliada le convenía permanecer afiliada a la AFP Protección S.A., porque en el Régimen de Ahorro individual podría acceder a la garantía de pensión mínima desde los 57 años de edad, y en el Régimen de Prima Media solo podría

acceder a una pensión cuando cumpliera 62 años de edad, lo cierto es el referido formulario, ni los cálculos adosados, fueron suscritos por la señora Marta Lucía Monsalve Posada en señal de aceptación (págs.186-198, doc.01, carp.01), y en el plenario no obra ningún medio de convicción que acredite que la demandante hubiere recibido aquella información, máxime si se tiene en cuenta que el correo electrónico presuntamente enviado en la misma fecha, no tiene constancia de entrega, aunque lo fuere por parte del servidor de la destinataria (págs.183-185, doc.01, carp.01).

Y en todo caso, la asesoría brindada con posterioridad al acto jurídico del traslado de régimen pensional no convalidan la actuación viciada de ineficacia, conforme a lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al indicar que “... este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información” (CSJ SL1688 -2019; SL-2914-2020; SL5280-2021).

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible al respecto, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, o consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media.

Aunado a lo que se viene diciendo, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección

S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindo la AFP Protección S.A. al demandante al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de su afiliación a dicha administradora.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

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.

Y es que además, no podría afectarse 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 la AFP Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, se

pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877-2020, 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 aborro 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 la demandante en el Régimen de Prima Media. 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.”

Similar postura se sostuvo en la sentencia SL 3034 de 2021:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

De manera particular, se relieves que los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al 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, 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 la afiliada, 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.

En cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, 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 la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Adicionalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adocinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones E.I.C.E., Razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó el *a quo*.

De otro lado, se advierte el cognoscente de primera instancia ordenó la devolución de las primas del reaseguro Fogafin (Fondo de Garantías de Instituciones Financiera), desconociendo que, si bien el artículo 99 de la Ley 100

de 1993 establecía que las administradoras del Régimen de Ahorro Individual debían contar con la garantía de dicho fondo, la misma se constituía con cargo a sus propios recursos, y no con cargo a los aportes efectuados por los afiliados; que la referida obligación fue eliminada a través del artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, aparte normativo en el que, por demás, se dispuso que las reservas existentes se trasladaran al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas; y que el presente jurisprudencial dictado sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia no refiere la devolución de dicho concepto, razones por las cuales habrá de revocarse en este aspecto la providencia confutada, excluyendo dicho rubro de la condena de traslado dispensada.

También ha de precisarse que el *a quo* ordenó el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, descuento sobre el cual estima la Sala no es procedente su devolución, habida cuenta que este fondo no es exclusivo del RAIS, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es “... *una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública*” (T-321 de 2019), cuya finalidad es “... *subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte [...], hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social [...], y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas*” (artículo 26 de la Ley 100 de 1993, C-243 de 2006, T-321 de 2019), por lo que su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del Régimen de Prima Media, y dado que al haber sido materia de apelación la devolución de descuentos efectuados sobre las cotizaciones, deberá revocarse la condena impartida en sede de primera instancia sobre dicha partida.

De la condena en costas

Finalmente, en cuanto a la inconformidad planteada respecto de la condena en costas, ha sostenido esta Sala de Decisión que Colpensiones E.I.C.E. es un tercero de buena fe respecto del acto jurídico del cual se predica la ineficacia, debiendo comparecer a este tipo de litigios para atender las pretensiones relativas a la reactivación de la afiliación y recepción de los dineros a trasladar, que corresponden a pretensiones consecuenciales a la ineficacia, razón por la cual no es procedente condenarla en costas, en virtud de ello, se revocará parcialmente la sentencia opugnada, para en su lugar abstenerse de imponer condena en costas a Colpensiones E.I.C.E.

Sin costas en esta instancia por haber alcanzado prosperidad los recursos de alzada impetrados por las AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., aunque fuere de manera parcial.

3.- DECISIÓN

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 proferida el 02 de diciembre de 2022 por el Juzgado Once Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso instaurado por Marta Lucía Monsalve Posada en contra de la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en cuanto dispuso el traslado de las primas del reaseguro Fogafin y los aportes para el fondo de solidaridad pensional, y en su lugar, se absuelve a las AFP Protección S.A. de la devolución de dichos conceptos.

2.- Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral quinto de la sentencia de origen y fecha conocidos, en cuanto gravó en costas a Colpensiones E.I.C.E., y en su lugar, se absuelve a ésta entidad de la referida condena.


3.- Se **CONFIRMA** en lo demás la sentencia de origen y fecha conocidos.


4.- Sin costas en esta instancia.

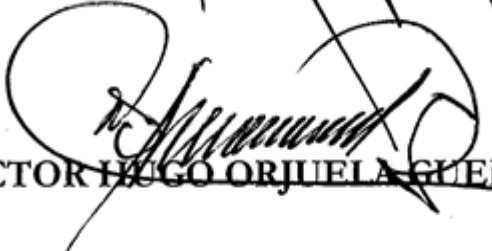
5.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO