



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-013-2022-00340-01
Demandante: Patricia Eugenia Peláez Vélez
Demandado: AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, noviembre quince (15) 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colfondos S.A, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora Patricia Eugenia Peláez Vélez contra la AFP Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E., proceso al cual fue vinculada la AFP Protección S.A., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-013-2022-00340-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Patricia Eugenia Peláez Vélez promovió demanda ordinaria laboral contra Colpensiones E.I.C.E. y la AFP Colfondos S.A, pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, como consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A., a la devolución de la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos intereses y rendimientos a Colpensiones y se declare válida la afiliación al Régimen de Prima Media.

En respaldo de tales pedimentos, se indicó, en síntesis, que la señora Patricia Eugenia Peláez Vélez, se afilió al Régimen de Prima Media desde noviembre de 1976, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP Colfondos S.A., en mayo de 2002, aduciendo que Colfondos S.A., no asesoró debidamente a la actora al momento del traslado, ni le informó las implicaciones y consecuencias del traslado. Se agregó que la demandante cuenta con más de 57 años de edad, pues nació el 15 de marzo de 1957 y cuenta con más de 1300 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado legalmente constituido, la **AFP COLFONDOS S.A.**, dio respuesta a la demanda, señalando que es cierta la afiliación de la actora a la entidad en mayo de 2002, sin embargo, no es cierto lo narrado en relación a dicha afiliación, pues los agentes comerciales de Colfondos S.A., antes, durante y después de la eventual afiliación, brindaron de manera clara, concisa, pertinente y comprensible a la demandante, una asesoría completa e integral, en la que se le informó de las implicaciones del cambio de régimen pensional, ventajas, desventajas, diferencia de los regímenes,

derecho de retracto, modalidades pensionales y demás características del régimen, siendo elección de la demandante pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

En oposición a las pretensiones excepcionó de fondo la inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago.

Por su parte, **COLPENSIONES E.I.C.E.** en la réplica aceptó como cierta la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media y la fecha de nacimiento de la misma, señalando no constarle los demás hechos, por ser situaciones de carácter particular de la demandante y por no representar los intereses de Colfondos S.A.

En su defensa, formuló las excepciones de carga dinámica de la prueba, particularidades del caso; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación; improcedencia de intereses moratorios; inexistencia de vicio en el consentimiento; devolución de cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones indexadas; prescripción; imposibilidad de condena en costas y compensación.

Finalmente, la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, sostuvo no constarle los hechos de la demanda, por tratarse de afiliaciones a otras administradoras, en las cuales la entidad no tuvo injerencia alguna, advirtiendo, que se atenderá a lo que se pruebe en el proceso.

De contera, se opuso a las súplicas de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de

Pensiones; innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; 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; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 11 de octubre de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Patricia Eugenia Peláez Vélez al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. condenó a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01 de junio de 2002, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados. Asimismo, condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las cuotas de administración y/o gastos de administración cobradas por la afiliación de la actora entre el 01 de diciembre de 1994 hasta el 31 de mayo de 2002, debidamente indexadas, ordenando a Colpensiones a recibir tales sumas de dinero y activar la afiliación en el Régimen de Prima Media; declaró improbadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A. y Colfondos S.A.

1.4.- RECURSO

La apoderada judicial de la **AFP Colfondos S.A.**, presentó recurso de apelación, solicitando se revoquen las condenas impuestas, para lo cual argumentó que la

entidad siempre ha garantizado a los futuros afiliados la protección del derecho de información, siendo la misma clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley, sin que se pueda desconocer que Colfondos S.A., siempre garantizó el derecho de retracto, sin que el mismo hubiera sido ejercido por la demandante, lo que deberá valorarse como negligencia de su parte, agregando que la demandante realizó el cambio de régimen de manera libre y voluntaria y se le brindó una información oportuna y completa, como se aseveró al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Arguyó que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas, en consecuencia, no se debe ordenar la devolución de otras sumas, que no están destinados a financiar la prestación de la afiliada, por lo que condenar al traslado de valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa a su favor, además, ordenar reintegrar gastos de administración o primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado devuelva el valor de la póliza.

En relación a los gastos de administración, sostuvo que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2019152210069003000 del 17 de enero de 2020 indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración, valores que no pertenecen al afiliado en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y al no ser parte integrante de ella, es una razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de la que si goza el derecho pensional, luego si esta sujetos al fenómeno prescriptivo.

Finalmente, aduce que es improcedente la indexación, puesto que dentro de las obligaciones que deben cumplir los fondos privados, se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados y por lo tanto, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos del demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario han generado rendimientos, consecuentemente, solicita se absuelva la entidad de todas las pretensiones de la demanda, incluidas las costas impuestas.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la apoderada judicial de la **AFP Colfondos S.A.** insistió en la petición de que se revoque el fallo de primer grado, alegando que el acto jurídico de traslado no adolece de nulidad, en los términos previstos en el artículo 1741 del CC; que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra como consecuencia de la afectación de la libertad de selección la imposición de una multa, y no la declaratoria de ineficacia de la afiliación; que la demandante también le asistía el deber de informarse sobre el servicio que estaba contratando; que la actora no ejerció oportunamente el derecho de retracto, ni la facultad de retornar al Régimen de Prima Media; que el formulario de afiliación da cuenta del cumplimiento del deber de información a cargo del fondo privado, y para la época en que se produjo el traslado, no se exigía el diligenciamiento de ningún otro documento.

Agregó que su representada actúo de buena fe, y por ello, en reconocimiento de las restituciones mutuas, no procede la devolución conjunta de los gastos de administración y los rendimientos financieros; que las sumas destinadas al pago del seguro previsional fueron trasladadas a la aseguradora contratada; y que la rentabilidad de los aportes mantuvo actualizado su valor.

2. CONSIDERACIONES

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación por la **AFP Colfondos S.A.**,

entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

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

- Que la señora Patricia Eugenia Peláez Vélez nació el 15 de marzo de 1957, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el folio 49 del anexo 002 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 28 de noviembre de 1994, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de la misma anualidad, posteriormente, se trasladó a Colfondos S.A., el 23 de abril de 2002, de conformidad con la certificación SIAFP, obrante a folios 20 del anexo 012 del expediente digital.
- Que la accionante acredita un total de 2025.86 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Colfondos S.A. visible a folios 22 a 29 del anexo 012 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 28 de noviembre de 1994, a través de la AFP Protección S.A. y la posterior movilidad dentro del Régimen de Ahorro Individual?

¿Si debe ordenarse a la AFP Colfondos 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 y las primas del seguro previsional, debidamente indexados, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

¿Si opera el fenómeno prescriptivo en relación a las comisiones administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y cuotas de seguros previsionales y si es procedente la indexación de los mismos?

¿Si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a Colfondos S.A.?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecuencial, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, debidamente indexados, (ii) sin que se vean afectados por la prescripción los gastos de administración o las primas de los seguros previsionales, (iii) procediendo la condena en costas a cargo de Colfondos S.A., por resultar vencida en juicio, razón por la cual, la sentencia debe ser

CONFIRMADA y ADICIONADA, en el sentido de ordenar a Protección S.A., trasladar también a Colpensiones los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas de los seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación de la demandante a dicha entidad, debidamente indexados.

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 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 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 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 4º 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 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, SL3046 del 10 de agosto de 2022, SL4310 del 02 de noviembre 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, SL1085 de 22 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 con Solidaridad, debe 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 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 régimen pensional de la señora Patricia Eugenia Peláez Vélez, a través de la AFP Protección S.A., el 28 de noviembre de 1994, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de la misma anualidad, así como el posterior trasladó a la AFP Colfondos S.A., el 23 de abril de 2002, de conformidad con la certificación SIAFP, obrante a folios 20 del anexo 012 del expediente digital, resaltando, que no se aportó al plenario el formulario de afiliación a ninguna de las administradoras, de ahí que no existe soporte alguno que respalde las afirmaciones de la apoderada recurrente, en relación a que en el formulario de afiliación obra la constancia de que se brindó una información oportuna y completa.

Pese a lo anterior, debe recordarse que los formularios de afiliación no dan 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 *Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado” (sentencia SL932 de 2023)*; 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, no siendo posible atender el reparo presentado por la apoderada de Colfondos S.A.

Del interrogatorio de parte rendido por la actora, no es posible deducir prueba de confesión, toda vez que indicó la misma que se afilió a Protección S.A., en 1994 porque en esa época todo el mundo estaba diciendo que las entidades privadas le daban más cuando se pensionara, que si quería le daban la plata y que el jefe de la época les aconsejó que se pasaran al fondo privado, agregando que la asesora de Protección S.A, que no le habló nada bueno del Seguro Social, ni del Fondo Nacional, antes que se iban a acabar, que no conocía la existencia de la prohibición de traslado antes de los 47 años, que se trasladó a Colfondos S.A., porque le dijeron que era mejor dicha entidad, no recordando si recibió asesoría de algún asesor de Colfondos S.A.

De lo anterior, es evidente que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como tampoco consecuencias del traslado, ni las desventajas que podría traerle dicho régimen pensional, igualmente, desconocía las reglas propias del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, relevando que, aun cuando se indique que la afiliada no fue diligente, dicha situación no releva a la administradora del deber de acreditar que cumplió con su deber de información.

Se destaca igualmente, que el hecho de que la afiliada haya realizado diversos traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, como ocurrió en el presente caso, no comporta establecer el cumplimiento del deber de información de las administradoras, así como tampoco puede inferirse la voluntad de permanecer en el régimen pensional o la convalidación de la afiliación, tal y como lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción laboral en sentencias como la SL 4205 de 2022.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Protección S.A. a la 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

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

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de las administradoras accionadas, 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 Colfondos S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la 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 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 las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la pretensora, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

“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”.

Similar postura se sostuvo más recientemente en la sentencia SL 1084 de 2023, al sostener:

“De igual modo, dicha entidad deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022)”.

Igualmente, en la referenciada sentencia SL2877 de 2020, 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.”*

De la indexación

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 y que se conserve el valor integral de la cotización, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad el recurso interpuesto por la apoderada de Colfondos S.A.

La prescripción

En cuanto al argumento esbozado por la apoderada recurrente, en torno a la procedencia de aplicar la prescripción respecto de los gastos de administración y los seguros previsionales, precisa esta Sala, en primer lugar que los mismos son

un componente de la cotización, la cual tiene como fin el financiamiento del riesgo de vejez, sin que tales descuentos puedan escindirse, por lo tanto participan del carácter de imprescriptibles, en segundo lugar, la devolución solo se hace exigible a partir de la declaratoria de ineficacia de la afiliación contenida en la sentencia, razón por la cual no se configura el término prescriptivo y en tercer lugar, la declaratoria de ineficacia es una pretensión que tiene un carácter declarativo y en tal sentido tampoco opera la prescripción.

Finalmente, respecto al concepto expedido por la Superintendencia Financiera al cual hace referencia la apoderada de Colfondos S.A., debe recordarse que la devolución de los conceptos ordenados debe ser entendida como consecuencia de la sanción del acto jurídico cuya responsabilidad es atribuible a la AFP, de ahí que no pueda acogerse dicho concepto, pues en este asunto, no se trata de un simple traslado, sino del incumplimiento al deber información que tornó ineficaz la vinculación.

Así las cosas, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, no se encuentra totalmente ajustada a los anteriores criterios, por lo que deberá ADICIONARSE el numeral segundo de la sentencia, para ordenar a Protección S.A., traslade también a Colpensiones las primas previsionales y los aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descontados en vigencia de la afiliación de la actora, debidamente indexados.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de alzada interpuesto; se fija como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

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 **ADICIONA** el numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2023 por el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora Patricia Eugenia Peláez Vélez contra la AFP Colfondos S.A y Colpensiones E.I.C.E., en el sentido de ordenar a Protección S.A., traslade también a Colpensiones las primas previsionales y los aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descontados en vigencia de la afiliación de la actora, debidamente indexados.


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


3.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos S.A., inclúyase como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.


4.- 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