



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-007-2021-00419-01
Demandante:	Blanca Elsy Duque Serna
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

**Medellín, febrero siete (7) de dos mil veintitrés (2023)**

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones. así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de dicha entidad, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, el 4 de octubre de 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora BLANCA ELSY DUQUE SERNA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Radicado  
05001-31-05-007-2021-00419-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora BLANCA ELSY DUQUE SERNA, convocó a juicio a COLPENSIONES y PROTECCION S.A. pretendiendo se declare la ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual, como consecuencia se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. a devolver a Colpensiones sus cotizaciones con los correspondientes rendimientos que se hubiesen dado en el periodo en que estuvo afiliada y se ordene a Colpensiones admitir a la actora como afiliada y cotizante al Régimen de Prima Media con Prestación definida y recibir sus cotizaciones con sus correspondientes rendimientos.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la demandante nació el 04 de febrero de 1967, al comenzar su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales, el día 02 de agosto de 1999, se trasladó para Colmena S.A. Pensiones Cesantías. hoy Protección S.A., aduce que para el traslado de Fondos la pretensora recibió a un funcionario de Protección quien no le dio toda la información necesaria, se limitó a decir que el traslado se requería porque el ISS se iba a acabar y ella se quedaría sin pensión, además le informó que a través del Fondo Privado se podría pensionar a cualquier edad, y con una pensión mejor, pero no le explicó que la pensión anticipada es casi imposible y que para ello son necesarios algunos requisitos difíciles de cumplir, no le dio información de lo que perdía con el traslado ni que la pensión varía de acuerdo al rendimiento de sus aportes o por sus beneficiarios, nunca se le puso en conocimiento la diferencia en el valor de la mesada pensional entre el Régimen de Ahorro Individual y Colpensiones.

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierta la edad de la demandante, la afiliación al ISS y la reclamación administrativa, sin constarle los demás hechos de la demanda.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; inexistencia de nulidad del traslado ante la AFP Protección S.A; inoponibilidad del acto jurídico de afiliación de la demandante con la AFP Protección S.A. frente a Colpensiones como tercero de buena fe; indebida aplicación del artículo 1604 del código civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; devolución de los aportes debidamente discriminados por parte de la AFP Protección S.A.; buena fe de Colpensiones; prescripción; indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; compensación; imposibilidad de condena en cosas y la innominada.

Por su parte, **PROTECCION S.A.** replicó la demanda argumentando que no es cierto que a la demandante no se le haya suministrado toda la información necesaria al momento de su afiliación, toda vez que los asesores de la Administradora son permanentemente capacitados a fin de que al momento de la afiliación puedan suministrar toda la información y asesoría completa y necesaria a sus clientes o potenciales clientes, en el caso concreto a través del promotor William Rodríguez se le brindó información clara, cierta y veraz a la demandante, donde se estudió el caso particular de la misma, se le explicó todo lo concerniente a su futuro pensional teniendo en cuenta la información suministrada por la actora, además de resolverle todas las dudas que pudo presentar al respecto, se le realizaron proyecciones pensionales en ambos regímenes, se le brindó una asesoría totalmente personalizada, teniendo en cuenta las particularidades de su caso, se le explicaron las características

tanto del RAIS como del RPM y las consecuencias que conllevaría el traslado de régimen, realizándose así una asesoría totalmente completa donde se abarcó todo lo concerniente al sistema general de pensiones colombiano.

En su defensa propuso 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; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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 y la innominada o genérica.

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Mediante fallo proferido el 14 de septiembre del año 2021, el Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora BLANCA ELSY DUQUE SERNA del RPMPD al RAIS administrado por AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN, que data de 1999; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad; en consecuencia, condenó a la AFP PROTECCION a trasladar los dineros con destino a COLPENSIONES, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, se exceptúan de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y prima de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, dineros que deberán ser trasladados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia; condenó a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en

su historia laboral; declaró no probadas las excepciones, salvo las de buena fe e imposibilidad de la condena en costas propuesta por COLPENSIONES y la de imposibilidad devolver cuotas de administración y la inexistencia de la obligación de devolver prima del seguro previsional propuesta por la AFP PROTECCION y condenó en costas a esta última.

#### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

##### **Colpensiones**

El apoderado de Colpensiones interpone el recurso de apelación frente a la sentencia solicitando que en caso de que el Tribunal considere que es procedente la ineficacia, modifique el numeral tercero de la sentencia para ordenar a Protección S.A. el traslado de la totalidad de los aportes, esto es que además de las cotizaciones y los rendimientos, se traslade todos los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, lo anterior teniendo en cuenta que la ineficacia resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como lo es Colpensiones y que la inoponibilidad es una garantía a la seguridad jurídica que en este caso está dado por el tiempo que permaneció la demandante en el RAIS y que afecta la sostenibilidad financiera y la reserva presupuestal de Colpensiones, resalta que es deber de los jueces evaluar la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado y ponderar los bienes en discusión para disponer que sea la AFP quien asuma las cargas económicas que se generan con el traslado, como que los aportes los devuelvan con un cálculo actuarial que garantice la integralidad de la prestación. Expone que aunado a ello la sentencia SL31989 de 2008, que sirve de base para declarar la ineficacia, ordena la devolución de la totalidad de la cotización sin descuento alguno con cargo a la AFP, además del avance jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencias SU062 de 2010 y SU130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia SL 4989 de 2018 y SL1688 de 2019 ha sido claro en ordenar la devolución sin descuento alguno en razón al artículo 48 de la

Constitución dado que las personas que se trasladan están a punto de pensionarse y Colpensiones debe mantener el equilibrio financiero.

### **1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció el señor apoderado de Colpensiones, subrayando que si bien el deber de información corresponde a las administradoras pensionales, en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones recaen un serie de responsabilidades entre las cuales está el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones al cual quieren pertenecer, aprovechar los mecanismos de divulgación de información que suministren los fondos y emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones conforme lo establece la Ley 1328 de 2009, por lo que se puede concluir que de conformidad con la anterior normatividad existen también deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, que no cumplió la demandante.

Afirma que la promotora del proceso no puede ser trasladada nuevamente al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, pues ya superó la edad permitida por la ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media y reiterando los argumentos de la apelación en cuanto a que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es Colpensiones y que la responsabilidad de la AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se debe dirigir a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA**

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

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

### **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

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

- Que la señora BLANCA ELSY DUQU SERNA nació el 04 de febrero de 1967, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 157 del anexo 03.2021 419 *Escrito de Demanda Protección y Colpensiones.pdf*
- 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 COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A. el 02 de agosto de 1999, de conformidad con el formulario de afiliación obrante a folios 73 del anexo 03 del expediente digital.

- Que la accionante acredita un total de 991.86 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por la demandada el 04 de agosto de 2021, obrante en el documento 03.2021 419 *Escrito de Demanda Protección y Colpensiones.pdf* folios 79 a 90.

### **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 Séptima Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCION S.A. efectuado por la demandante?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a PROTECCION S.A. el traslado de las cuotas de administración, los seguros previsionales y los aportes al fondo de pensión de garantía mínima?

### **2.4.- TESIS**

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de traslado por incumplimiento del deber de información y por lo tanto debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA PARCIALMENTE en el numeral tercero, para en su lugar ordenar a PROTECCION S.A. el traslado a Colpensiones de las comisiones de administración y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la afiliada, ADICIONADA en el mismo numeral para ordenar la indexación de las comisiones de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de



Garantía Mínima, REVOCADA PARCIALMENTE el numeral quinto para declarar no probadas las excepciones de imposibilidad devolver cuotas de administración y la inexistencia de la obligación de devolver prima del seguro previsional propuesta por la AFP PROTECCION y 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 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 y más recientemente en las sentencias SL SL1442 del 21 de abril de 2021 y SL3349 del 07 de julio de 2021.

A los pronunciamientos anteriores se suman sentencias de las distintas Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como: SL782 del 14 de marzo de 2018, SL 3496 del 22 de agosto de 2018, SL361 del 13 de febrero de 2019, SL4933 del 30 de octubre de 2019, SL4937 del 13 de noviembre de 2019, SL5144 del 20 de noviembre de 2019, SL373 del 12 de febrero de 2020, SL600 del 25 de febrero de 2020, SL881 del 10 de marzo de 2020, SL985 del 18 de marzo de 2020, SL4381 del 26 de octubre de 2020, SL4336 del 04 de noviembre de 2020 y SL4388 del 11 de noviembre de 2020.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos 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 establece el traslado de régimen pensional de la señora Blanca Elsy Duque Serna, a través de la AFP COLMENA el 02 de agosto de 1999, conformidad con el formulario de afiliación obrante a folios 73 del anexo 03 del expediente digital, no obstante, el formulario de afiliación no da cuenta de la información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“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*); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que es profesional nutricionista, que en agosto de 1999, llegó a su lugar de trabajo un asesor de Colmena, le hizo una asesoría individual de 5 o 10 minutos y le dijo que el seguro social se iba a acabar, que se iba a quedar sin fondo de pensiones y lo mejor para ella, era trasladarse a Colmena, también conoció por noticias que el seguro social se iba a liquidar, que confió en lo que informó el asesor, quien llenó los datos y le dijo que firmara, no le informó el derecho de retracto, no recibió reasesoría, no sabe cuáles son los requisitos para pensionarse solo que el monto de su pensión en el RAIS sería de un salario mínimo, teniendo cotizaciones por un salario de \$5.000.000.

De lo anterior se advierte que, si bien la actora se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, que le permitiera tomar la decisión.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que en su momento COLMENA S.A. hoy PROTECCION 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.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Porvenir 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 la afiliación, precisando que no puede declararse la imposibilidad de traslado de la 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 de la

misma 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 de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue PROTECCION 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 de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, 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 los porcentajes de 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 la AFP demandada 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 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.”*

Criterio reafirmado en la sentencia SL 3034 de 2021, 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”.*

### ***Indexación***

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 adoctrinado 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, debe ser un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de



Colpensiones, resulta procedente la condena por este concepto, por lo que debe adicionarse la sentencia en este punto.

Finalmente, en relación con la consideración del apelante relativa a que debe ordenarse a Protección trasladar el cálculo actuarial para el financiamiento de la prestación, debe señalarse en primer lugar que no se acreditó en el proceso un detrimento en el capital de la cuenta de ahorro individual del actora, contrario a ello se tiene que los aportes de la gestora del proceso generaron rendimientos, siendo claro que con éstos se suple cualquier diferencia que pueda presentarse en las cotizaciones que hubiera recibido Colpensiones y en segundo lugar, no se puede desconocer que con la orden impuesta a Protección S.A., de trasladar aportes, rendimientos, comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los tres últimos indexados, se está garantizando que Colpensiones reciba todos los valores que la misma hubiere recibido, en el evento en el que la accionante, siempre hubiere estado afiliada a esa entidad.

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por la falladora primaria, se encuentra parcialmente ajustada a los anteriores criterios, asistiéndole razón al apoderado de Colpensiones al solicitar la devolución de los aportes sin descuento alguno, por lo tanto, debe REVOCARSE PARCIALMENTE en el numeral tercero, para ordenar a PROTECCION S.A. el traslado a Colpensiones de las comisiones de administración y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, conforme lo solicitado por Colpensiones en el recurso de alzada; ADICIONARSE en el mismo numeral para ordenar la indexación de las comisiones de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima y REVOCARSE PARCIALMENTE el numeral quinto para declarar no probadas las excepciones imposibilidad devolver cuotas de administración y la inexistencia de la obligación de devolver prima del seguro previsional propuesta por la AFP PROTECCION

Sin costas en esta instancia por la prosperidad parcial de recurso de Colpensiones.

### **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 Séptimo Laboral de Circuito de Medellín, el 14 de septiembre de 2021, en el proceso ordinario instaurado por la señora BLANCA ELSY DUQUE SERNA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. en cuanto excluyó de los conceptos a trasladar las comisiones de administración y las cuotas por seguros previsionales y en su lugar se ordena a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES dichos conceptos, los cuales afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante.

2. Se **ADICIONA** el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a PROTECCION S.A. la indexación de los dineros correspondientes a las comisiones de administración, cuotas de seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía Mínima.

3.- Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral quinto en cuanto declaró probadas las excepciones de imposibilidad devolver cuotas de administración y la inexistencia de la obligación de devolver prima del seguro previsional

propuesta por la AFP PROTECCION y en su lugar se declaran no probadas las mismas.


4. Se **CONFIRMA** la sentencia referida en los demás numerales.

5.- Sin costas en esta instancia

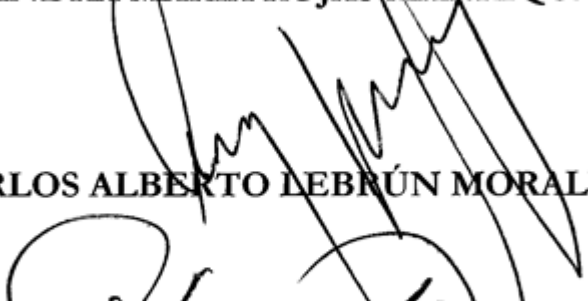
6.- Se ordena la devolución del expediente digital al Juzgado de origen, con las actuaciones cumplidas en esta instancia.

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