



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

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 05001-31-05-011-2019-00202-01  
Demandante: Elena Juana María Ángel Restrepo  
Demandado: AFP Porvenir S.A., 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, marzo catorce (14) 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 Porvenir S.A., 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, únicamente en los aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, respecto de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Elena Juana María Ángel Restrepo en contra de la AFP Porvenir S.A., la AFP Protección S.A. y

Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-011-2019-00202-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora Elena Juana María Ángel Restrepo, convocó a juicio a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad de su afiliación a la AFP Protección S.A., y se declare la validez y vigencia, sin solución de continuidad, de su afiliación a Colpensiones E.I.C.E., se condene a la AFP Protección S.A. trasladar todos y cada uno de los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos, y se ordene a Colpensiones E.I.C.E. aceptar su retorno y recibir los aportes trasladados por el fondo privado.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas, se sintetizan en que la actora nació el 26 de junio de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 28 de julio de 1987, se trasladó a la AFP Protección S.A. el 05 de julio de 1994, se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 28 de febrero de 2002, y retornó a la AFP Protección S.A. el 26 de noviembre de 2013; que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo sin que se le hubiera realizado un estudio previo, individual y concreto respecto de los requisitos para alcanzar una pensión anticipada de vejez, ni los factores que se tendrían en cuenta para liquidar la mesada; que el asesor del fondo privado le aseguró que con ellos se pensionaría bajo mejores condiciones que las ofrecidas por el ISS, entidad que se encontraba en proceso de liquidación, siendo posible que perdiera las cotizaciones acumuladas; que los traslados entre las diferentes administradoras del Régimen de Ahorro Individual se surtieron sin que se le hubiere suministrado información clara, suficiente y veraz sobre las características que diferenciaban un régimen pensional del otro, y sin informarle del límite temporal que existía para retornar al Régimen de Prima Media; que la AFP Protección S.A. le proyectó una mesada

pensional de \$1.974.720 en el Régimen de Ahorro Individual, pero en el Régimen de Prima Media obtendría una mesada de \$3.232.962, por lo que el 29 de enero de 2019 solicitó retornar a Colpensiones E.I.C.E., petición que fue desestimada en la misma fecha porque se encontraba a diez años o menos del requisitos de tiempo para pensionarse (págs.01-29, doc.03, carp.01).

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial, **COLPENSIONES E.I.C.E.** dio respuesta al libelo introductorio, admitiendo que la demandante nació el 26 de junio de 1961, se afilió al ISS el 28 de julio de 1987, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con posterioridad, y solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 29 de enero de 2019, petición que fue denegada porque se encontraba a menos de diez años para pensionarse. Sostuvo que no le constaban los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a la entidad, y se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando inexistencia de la nulidad/ineficacia del traslado; prevalencia de la autonomía de la voluntad privada; prescripción e imposibilidad de condena en costas (págs.106-115, doc.03, carp.01).

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** aceptó la fecha de nacimiento de la pretensora, su afiliación a la entidad el 05 de julio de 1994 y el 26 de noviembre de 2013, y la proyección de una mesada de \$1.974.720, con la advertencia de que en el Régimen de Prima Media solo podría acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que superaba los 58 años de edad, y solo contaba con 1.111 semanas cotizadas. Aseveró que suministró a la demandante 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 que más la beneficiara según sus condiciones personales. En su defensa 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.126-145, doc.03, carp.01).

Finalmente, la **AFP PORVENIR S.A.** asintió que la fecha de nacimiento de la demandante fue el 26 de junio de 1961, y que se afilió a la entidad el 28 de febrero de 2002, pero aseveró que la misma se había perfeccionado de forma libre, espontánea y completamente informada, siendo que se le brindó la información suficiente y necesaria para que entendiera las condiciones, beneficios, características y consecuencias del traslado de régimen pensional. Consecuentemente se opuso a la prosperidad de las suplicas del libelo genitor, y de mérito excepcionó prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (págs.225-247, doc.03, carp.01).

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 15 de diciembre de 2022, declaró la ineficacia de la vinculación de la señora Elena Juana María Ángel Restrepo al Régimen de Ahorro Individual; ordenó a la AFP Porvenir 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 con todos sus frutos e intereses, prima del reaseguro de Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha administradora; ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar al Régimen de Prima Media los gastos de administración, primas del seguro de invalidez y sobrevivencia, aportes al fondo de garantía de pensión mínima con todos sus frutos e intereses, prima del reaseguro de Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren generado en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha administradora; ordenó a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. indexar los dineros a devolver por gastos de administración, esto es, los costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y

sobreviviente, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro de Fogafin y los aportes al fondo de solidaridad, sin aplicar equivalencia alguna; 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 probada la excepción de prescripción; absolvió a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas; y condenó en costas a la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.

#### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** interpuso el recurso de alzada arguyendo que la afiliación de la demandante a la entidad se produjo de manera informada, precedida de una asesoría completa, veraz y oportuna, y en tal medida, no se configuraron los presupuestos para la declaratoria de la ineficacia, máxime si tiene en cuenta que la promotora del juicio optó por trasladarse entre diferentes administradoras del Régimen de Ahorro Individual, revalidando su intención de pensionarse bajo aquellas reglas, y que la obligación de brindar información a manera de un buen consejo solo se hizo exigible a partir del año 2014, sin que previo a ese momento fuere exigible la doble asesoría; que los gastos destinados al aseguramiento de los riesgos de la invalidez y la sobrevivencia cumplieron la finalidad para la que fueron establecidos, debiéndose respetar las restituciones mutuas que corresponden, además, a los gastos de administración que generaron los rendimientos financieros que serán trasladados; que el traslado de rendimientos financieros e indexación implica una doble condena; y que no hay lugar a la condena en costas puesto que siempre actuó de buena fe (minuto 01:57:55, doc.11, carp.01).

Por su parte, la vocera de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** apeló la sentencia de primer grado, para que se revoque la orden de devolución de las primas Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin, arguyendo que en su momento el mismo se sufragaba con cargo a los recursos propios de la entidad, y

no con cargo a los aportes de la afiliada demandante; que la obligación de constituir dicha garantía fue eliminada respecto de las Administradoras de Fondos Pensionales, ordenándose el traslado de las reservas existentes al tesoro nacional, dada la condición de garante que tiene La Nación, en ambos sistemas pensionales; y que el precedente jurisprudencial que se ha sentado sobre la materia no refiere la devolución de dicho concepto (minuto 02:03:45, doc.11, carp.01).

Finalmente, la procuradora de **COLPENSIONES E.I.C.E.** manifestó inconformidad con la sentencia de primera instancia, aduciendo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen pensional, como quiera que ya cumplió la edad mínima para pensionarse por vejez; que fue la demandante quien de forma voluntaria optó por trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, sin que se acreditara la existencia de vicios que anularan el traslado, que durante su afiliación a dicho régimen la afiliada tuvo la posibilidad de indagar sobre las condiciones que lo regían, sin que nunca hubiere manifestado ninguna inconformidad, que la obligación del buen consejo y la doble asesoría no se había consolidado para la fecha en la que se produjo el traslado, y que no hay lugar a la condena en costas, porque la entidad es un tercero en el acto jurídico del traslado del que se predica la ineficacia (minuto 02:12:15, doc.11, carp.01).

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

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, COLPENSIONES E.I.C.E. (doc.03, carp.02) y la AFP PORVENIR S.A. (doc.04, carp.02) reiteraron los argumentos por cada una planteados al momento de sustentar el recurso de alzada.

## **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 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 LA PRIMERA INSTANCIA**

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que la señora Elena Juana María Ángel Restrepo nació el 26 de junio de 1961, tal y como se desprende del documento de identidad (pág.32, doc.03, carp.01); se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 28 de julio de 1987, pues así se infiere de la historia laboral válida para bono pensional (págs.38-39,159-160, doc.03) y el resumen de semanas cotizadas expedido por Colpensiones E.I.C.E. (págs.116-119, doc.03, carp.01).
- Que la demandante se trasladó a la AFP Protección S.A. el 05 de julio de 1994, según consta en el respectivo el formulario de afiliación (págs.40,157, doc.03, carp.01); se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 28 de febrero de 2002, tal y como puede verse en el formulario de afiliación correspondiente (págs.62,252, doc.03, carp.01) y retornó a la AFP Protección S.A. el 13 de noviembre de 2013, tal y como lo demuestra el formulario de afiliación allegado (págs.41,158, doc.03, carp.01).

- Que la pretensora solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 29 de enero de 2019, según la petición adosada (pág.63, doc.03, carp.01), suplica que fue denegada en la misma fecha, por encontrarse a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse, conforme al Comunicado 2019\_1186467-17881898 (pág.64, doc.03, carp.01).

- Y que la actora contaba con 1.132,86 semanas cotizadas para el 11 de febrero de 2019, según la historia laboral incorporada por la AFP Protección S.A. (págs.162-173, doc.03, carp.01), y un saldo acumulado de \$315.360.571 para el 06 de agosto de 2019, de los cuales \$201.894.704 correspondían a aportes, y \$113.603.550 eran rendimientos financieros, tal y como lo certificó la AFP Protección S.A. (pág.177, doc.03, 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 por la demandante el 05 de julio de 1994, desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., y su posterior afiliación a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. adolecen de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., el traslado de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y 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 es procedente condenar en costas a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.?



## **2.4.- TESIS**

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 del 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 debe ser 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 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 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 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, SL388 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 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 Elena Juana María Ángel Restrepo, a través de la AFP Protección S.A., el 05 de julio de 1994, con efectividad a partir del 01 de agosto del mismo año, según se extrae del Certificado SIAFP incorporado (pág.161, doc.03, carp.01), no obstante, el formulario de afiliación adosado (págs.40,157, doc.03, carp.01) 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); por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado 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 no recibió ninguna información

cuando se afilió a Protección ni a Porvenir, que los asesores de dichas entidades solo le entregaron el formulario para que lo firmara, que sabe que sus aportes generan rendimientos, pero no sabe cuál es el impacto de los mismos sobre su expectativa pensional, y que solo se enteró de las condiciones bajo las que se pensionaría en el Régimen de Ahorro Individual cuando cumplió la edad mínima para la pensión (min 42:20, doc.11, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor 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, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Aunado a lo anterior, 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 la pretensora, obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por la AFP Porvenir S.A.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindo 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, declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a la AFP Porvenir S.A.

### **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.

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 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.

De otra parte, los rendimientos 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 con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del

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.

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.”*

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”.*

### ***El reaseguro de Fogafin***

Adicionalmente, se advierte el cognoscente de primera instancia ordenó la devolución de las primas del reaseguro el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin, 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.

### ***El fondo de solidaridad pensional***

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.

### ***La indexación***

Finalmente, 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 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, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó el *a quo*.

### **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 embargo, cumple advertir que la regla antes descrita no se predica para la AFP Porvenir S.A., quien no acreditó haber cumplido con el deber de información que le asistía en el momento en el que la demandante se afilió a la entidad, y porque resultó vencida en juicio, tal y como lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso.

Costas en esta instancia únicamente a cargo de la AFP Porvenir S.A., siendo que los recursos interpuestos por la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E. alcanzaron prosperidad, aunque fuere de forma parcial. Se fijan 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:**

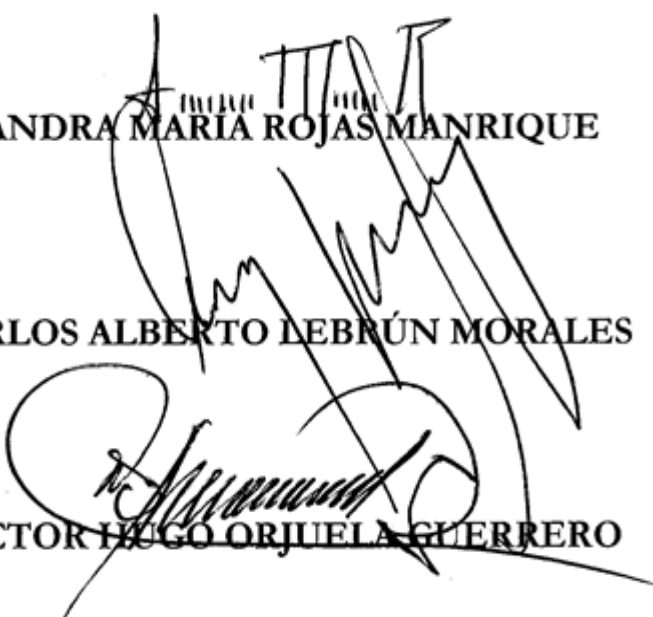
1.- Se **REVOCAN PARCIALMENTE** los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Once Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso instaurado por Elena Juana María Ángel Restrepo en contra de las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones S.A., en cuanto ordenaron 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 Porvenir S.A. y Protección S.A., de la devolución de dichos conceptos.

2.- Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral sexto 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 la referida entidad de dicha condena.

- 3.- Se **CONFIRMA** en lo demás la sentencia de origen y fecha conocidos.
- 4.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor de la demandante; se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.160.000.
- 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 MARIA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO DEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO