



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-007-2022-00227-01
Demandante:	Guillermo León Torres de la Pava
Demandado:	AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, julio cinco (05) 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones E.I.C.E. e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública accionada, en los aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, respecto de la sentencia proferida el 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Guillermo León Torres de la Pava contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-007-2022-00227-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Guillermo León Torres de la Pava convocó a juicio a las AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; se condene a la AFP Protección S.A. a devolver las cotizaciones y rendimientos que se hubiesen causado en el periodo en que estuvo afiliado a la entidad; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. admitirlo como afiliado al Régimen de Prima Media y recibir las cotizaciones y rendimientos trasladados del fondo privado; y se le reconozcan las costas y gastos del proceso.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Guillermo León Torres de la Pava nació el 30 de diciembre de 1959, se afilió al Instituto de Seguros Sociales al comenzar su vida laboral, y se trasladó a la AFP Protección S.A. el 07 de enero de 1997, luego de que un asesor del fondo privado le informara que en el mismo se podría pensionar a cualquier edad con una mejor mesada, y que el ISS se acabaría y se quedaría sin pensión en caso de no trasladarse, funcionario que asevera no le explicó los requisitos que debía acreditar para acceder a una pensión anticipada, ni las variables que influyen en la liquidación del monto de la prestación en cada régimen pensional.

Agregó que el 17 de marzo de 2022 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. aceptar su traslado al Régimen de Prima Media, petición que fue rechazada en la misma fecha porque le faltaban menos de diez (10) años para pensionarse (doc.02, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial legalmente constituido, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió que el señor Guillermo León Torres de la Pava nació el 30 de diciembre de 1959, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de septiembre de 1989, y le solicitó retornar al Régimen de

Prima Media, petición que fue rechazada el 17 de marzo de 2022 porque le faltaban menos de diez (10) años para pensionarse.

Adujo que el traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual fue producto de una decisión libre, consciente y voluntaria, exenta de engaño o falta de información; y que a su prohijada no le asiste responsabilidad alguna respecto de las consecuencias derivadas del traslado. De consiguiente, excepcionó la inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; inoponibilidad de la responsabilidad del fondo privado en caso de ineficacia del traslado; buena fe; prescripción; imposibilidad de condena en costas; y la innominada o genérica (doc.11, carp.01).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** asintió que el señor Guillermo León Torres de la Pava nació el 30 de diciembre de 1959, y se afilió a la entidad el 07 de enero de 1997; sin embargo, aseveró que el demandante recibió de sus asesores información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa y detallada respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el que más le conviniera, conforme a sus condiciones personales; y que, aunque el demandante tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media, dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su decisión de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

En oposición a las pretensiones excepcionó de fondo la 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 comisión de administración; inexistencia de la obligación de devolver las primas del seguro previsional; y la innominada o genérica (doc.12, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 02 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual del señor Guillermo León Torres de la Pava; declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. el monto existente en la cuenta de ahorro individual del pretensor, y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima descontados, con sus correspondientes rendimientos financieros, exceptuando de dicha devolución las cuotas de administración y las primas del seguro previsional; condenó a Colpensiones E.I.C.E. a validar la afiliación del demandante, recibir la devolución de los dineros ordenados, y tener en cuenta el tiempo cotizado por el aquel, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; y condenó en costas a la AFP Protección S.A., en favor del demandante (doc.22, carp.01).

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La poderhabiente judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** interpuso el recurso de apelación en procura de que, en caso de que se considere procedente la declaratoria de ineficacia, se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. el cien por ciento de las cotizaciones efectuadas por el demandante, sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes, rendimientos, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, traslade también el valor de todos los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, con cargo a su propio patrimonio, y de manera indexada; y se adicione en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. trasladar el valor cálculo actuarial que garantice el cubrimiento de la prestación pensional de la vejez, por cuanto su representada es un tercero de buena fe que no puede resultar perjudicada con las consecuencias derivadas de la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico en el que no intervino (minuto 01:26:05, doc.21, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la vocera judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia arguyendo que los efectos de la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional no son oponibles a su representada, por ser un tercero de buena fe en el acto jurídico del que se declaró la ineficacia, indemnidad que se debe materializar para garantizar la seguridad jurídica, el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y la planeación de la reserva pensional..

En subsidio, peticionó la devolución íntegra de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos, las cuotas de administración, y las utilidades, entre otros (doc.03, cap.01).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por **Colpensiones E.I.C.E.**, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

De igual forma procede la consulta en favor de **Colpensiones E.I.C.E.**, en los puntos que no fueron objeto de alzada, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Guillermo León Torres de la Pava nació el 30 de diciembre de 1959 (pág.165, doc.02, carp.01); se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de septiembre de 1989 (págs.100-104, doc.02, carp.01; págs.69-72, doc.12, carp.01; doc.14, carp.01); y se trasladó a la AFP Protección S.A. el 07 de enero de 1997 (pág.76, doc.01, carp.01; pág.27, doc.12, carp.01).
- Que el 08 de marzo de 2022 la AFP Protección S.A. le proyectó que en el régimen que administra se pensionaría a los 63 años con una mesada de \$1.481.367, con una fidelidad de cotización del 100%, una mesada \$1.478.612, con una fidelidad de cotización del 75\$, o de \$1.475.589, con una fidelidad de cotización del 50%, o una mesada de \$1.470.334, si no continuaba cotizando (págs.77-81, doc.02, carp.01).
- Que el 17 de marzo de 2022 diligenció un formulario de afiliación de Colpensiones E.I.C.E. (pág.74, doc.02, carp.01; pág.55, doc.11, carp.01), pero el traslado de régimen pensional fue rechazado en la misma fecha, porque se encontraba a diez (10) años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (pág.75, doc.02, carp.01; pág.60 doc.11, carp.01).
- Que para el 10 de septiembre de 2022 contaba con 1.690,71 semanas cotizadas (págs.29-46, doc.12 carp.01), y una cuenta de ahorro individual con saldo de \$213.345.816, de los cuales, \$45.986.983 son aportes y \$167.105.822 son rendimientos (págs.47-68, doc.12, 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 el señor Guillermo León Torres de la Pava desde el Régimen de Prima Media hacia

el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 07 de enero de 1997, adolece de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a la AFP Protección S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución indexada de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, junto con el cálculo actuarial que garantice el cubrimiento de la prestación pensional de la vejez, en los términos previstos en el Régimen de Prima Media, con cargo a su propio patrimonio, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecuencial, debe ordenarse el traslado no solo de los aportes y rendimientos financieros, sino también la devolución indexada de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, incluyendo las cuotas de administración, seguros previsionales, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sin que el traslado del ‘cálculo actuarial’ petitionado por la entidad demandada, resulte consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Consecuentemente, la sentencia de primera instancia será REVOCADA PARCIALMENTE y CONFIRMADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el Régimen de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro

Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley*”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del*

trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, Decreto 663 de 1993, el artículo 4º del Decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador reguló el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular de la afiliada, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al

afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

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

De acuerdo con la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual, deben aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral, esto es: i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones, y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada a las mismas la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto se tiene establecido que el señor Guillermo León Torres de la Pava se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro

Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 07 de enero de 1997, según se extrae del formulario de afiliación y del certificado de afiliaciones SIAFP incorporados al plenario (págs.27, 73-74, doc.11, carp.01, respectivamente).

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada al accionante previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del actor, para el traslado de régimen pensional, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

En igual sentido, cumple relieves que aunque en el cartulario reposa un formulario de “Reasesoría Pensional” con fecha del 20 de diciembre de 2011, suscrito por el demandante (págs.77-79, doc.12, carp.01), lo cierto es la asesoría brindada con posterioridad al acto jurídico del traslado de régimen pensional no convalida la actuación viciada de ineficacia, conforme a lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al indicar que *“... este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”* (CSJ SL1688 -2019; SL-2914-2020; SL5280-2021).

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó en el año 1997 recibió la visita de una

funcionaria de Protección en la empresa para la que trabajaba, quien en 10 o 15 minutos le indicó que existía la posibilidad de que el ISS cerrara, y le sugirió que se trasladara al fondo privado que representaba, en el cual tendría mejores condiciones, como pensionarse a cualquier edad, siendo éstas las razones que lo motivaron a trasladarse al fondo privado; que confió en la información brindada y por ello no buscó ratificación por parte del Seguros Social; que cuando cumplió la edad mínima para la pensión se dio cuenta que la cifra era muy inferior al valor de los aportes que venía efectuando; que desconoce el valor de la mesada que podría percibir en Colpensiones; que el asesor de Protección le informó que el valor de la pensión dependería del monto aportado, pero no le informó que sus cotizaciones generarían rendimientos o intereses; que no retornó al Régimen de Prima Media por la inseguridad que existía sobre la estabilidad del mismo, con independencia de su administradora, teniendo hoy la tranquilidad de que las prestaciones reconocidas por Colpensiones se mantienen vigentes; que en la re-asesoría que recibió le informaron que le convenía continuar afiliado a Protección, aduciendo que las condiciones iniciales no habían variado; y expone que el monto proyectado de la pensión es inferior al monto esperado considerando las promesas del fondo privado (desde el minuto 01:12:10 doc.20, carp.01).

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

Aunado a lo que se viene diciendo, esta Colegiatura advierte 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 del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Protección S.A. le brindo al actor al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional.

De los efectos de la ineficacia

La declaratoria de 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, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

Y es que además, no puede afectarse el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, con la disminución de la cotización en favor de la administradora del fondo privado accionada, teniendo en cuenta, que fue quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto,

deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de 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. 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 el accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

De manera particular, se relieves que los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por la afiliada, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

En cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Adicionalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha 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 E.I.C.E.

Finalmente, y de cara al cálculo de equivalencia invocado por Colpensiones, ha de relieves la Sala que tal decisión no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano jurisdiccional no ha tenido variación en cuanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente es la devolución todos los valores que por aportes hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los

seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos los rendimientos, frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667), razón por la cual habrá de desestimarse la solicitud impetrada en el recurso de alzada por la apoderada judicial de Colpensiones E.I.C.E.

Corolario de lo anterior, la sentencia de primera instancia será revocada en cuanto excluyó de los conceptos a trasladar, las cuotas de administración y las primas del seguro previsional, los cuales la AFP Protección S.A. deberá devolver a Colpensiones E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, los cuales, junto con los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deberán ser debidamente indexados.

Sin costas en esta instancia por haberse alcanzado prosperidad el recurso de apelación interpuestos por Colpensiones E.I.C.E., aunque fuere de manera parcial.

3.- DECISIÓN

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia proferida el 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Guillermo León Torres de la Pava contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en cuanto excluyó de los conceptos a trasladar, las cuotas de administración y las primas del seguro previsional, y en su lugar, se condena la AFP Protección S.A. al traslado de los mismos, con cargo a su propio patrimonio, los cuales, junto con los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deberán ser debidamente indexados.


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

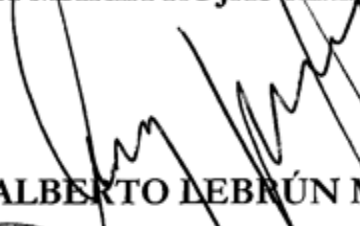
3.- Sin costas en esta instancia.

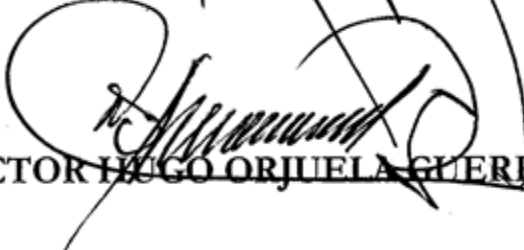
4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

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