



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-009-2020-00291-01
Demandante:	Gloria Patricia Zapata Amaya
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

**Medellín, abril veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021)**

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recursos de apelación interpuesto por la apoderada de Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, el 7 de diciembre de 2020, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora GLORIA PATRICIA ZAPATA AMAYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de ADMINISTRADORA DE FONDOS

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Radicado 05001-31-05-009-2020-00291-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora GLORIA PATRICIA ZAPATA AMAYA, llamó a juicio a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuentemente se ordene la reactivación sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media, se ordene el traslado de la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, frutos, intereses y cuotas de administración a Colpensiones, se ordene a Colpensiones a recibir dichos conceptos y realizar la correspondiente conversión a semanas y cargue en la historia laboral

En respaldo de tales pedimentos, se indicó en síntesis, que la señora Gloria Patricia Zapata Amaya nació el 3 de febrero de 1969, que se afilió al ISS en el año 1991 y posteriormente a mediados del año 1997, se trasladó a Davivir hoy Protección S.A., aduciendo que a su lugar de trabajo se presentaron los asesores de la A.F.P. y le informaron a la actora que el Seguro Social tendía a acabarse, que en Davivir contaría con un sólido respaldo económico, pudiendo pensionarse más joven y dejar el dinero de la pensión en herencia, sin brindarle información acerca de que la pensión dependería del capital ahorrado, que no le hablaron del derecho de retracto, no le indicaron los factores que influyen en la liquidación de la pensión de vejez, no le hablaron de riesgos financieros, ni de la garantía de pensión mínima, así como tampoco de la posibilidad de realizar aportes voluntarios, afirmando que no le informaron ninguna consecuencia negativa del traslado y que no se le realizó reasesoría pensional.

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es inexacta la fecha de nacimiento de la demandante, pues conforme al documento de identidad, su natalicio es el 3 de febrero de 1967, aceptó como cierta la afiliación de la actora al ISS y refirió que no le constan los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; proporcionalidad y ponderación; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; buena fe; excepción innominada; prescripción e imposibilidad de condena en costas.

A su turno, **PROTECCION S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos refirió que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, que no le consta la afiliación de la misma al ISS y que es cierto que la actora se afilió a Protección S.A., el 13 de junio de 1997, no obstante, aclaró que no es cierto que se le hubiera indicado a la accionante que el ISS se iba a acabar, señalando como argumento de defensa, que a la promotora del proceso se le informó claramente la forma de pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual, como se construye la mesada pensional, resaltándose las características y diferencias entre ambos regímenes y se le informó del derecho de retracto, por lo que no resultan ciertas las manifestaciones contenidas en la demanda en lo que respecta a la asesoría previa a la realización del traslado.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver el 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; prescripción; la innominada o genérica.

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

Mediante fallo proferido el 7 de diciembre de 2020, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual; ordenó a Protección S.A., a trasladar a la señora Gloria Patricia Zapata Amaya , al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y devolver todos los valores que haya recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones completas, bonos pensionales, ahorros voluntarios si los hubiera, sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, recibir todos los dineros que le sean trasladados por Protección S.A., y a corregir la historia laboral; finalmente, condenó en costas a Protección S.A.

### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

#### **Protección S.A.**

Interpone recurso de apelación de manera parcial, respecto a la orden del traslado de las sumas de dinero correspondiente a capital, rendimientos, cuotas de administración, seguro previsional y aportes voluntarios, señalando que con la declaración de ineficacia se pretende asumir que la afiliación de la

demandante al RAIS nunca existió y contrario a ello ha permanecido afiliada siempre a Colpensiones, siendo ello lo pretendido, se debe buscar una condena que resulte congruente con el efecto que persigue y las consecuencias jurídicas que se atribuyen a Protección S.A., sugiriendo la ubicación en uno de dos panoramas que propone, el primero es asumir que efectivamente la afiliación de la demandante al RAIS no existió y en consecuencia no se han causado rendimientos, no se ha cobrado cuota de administración, ni seguros previsionales, en consecuencia se trasladaría a Colpensiones el monto correspondientes a las cotizaciones integrales, esto es, sin hacer descuento por cuotas de administración, ni seguro previsional, pero conservando en las cuentas de Protección S.A., los rendimientos que se han generado, en un segundo panorama, asumir que la afiliación de la demandante al RAIS no existió, pero que en los mismos términos se hubieran generado rendimientos, resaltando que por disposición legal Colpensiones también le hubiera descontado lo correspondiente a la comisión y seguros previsionales, por lo que habría lugar a trasladar a Colpensiones lo correspondiente al capital de la demandante con sus rendimientos, sin los gastos de administración y seguro previsional. Adicionalmente, resaltó que las sumas de dinero ordenadas trasladar ya han cumplido con su destinación o finalidad legal para la cual fueron creadas y se constituyen en una condena sumamente onerosa para Protección S.A.

En lo referente al traslado de los aportes voluntarios que hubiera podido efectuar la demandante, manifestó que ello resulta improcedente, pues en el RAIS los afiliados pueden hacer estos aportes voluntarios, con el objetivo principalmente de hacer uso de los beneficios tributarios que estos ofrecen y al cambiarse de régimen pensional, ellos no se trasladan si no que se devuelven al afiliado toda vez que en el Régimen de Prima Media no existe una figura que se ajuste a la naturaleza de estos aportes, siendo el afiliado quien dispone libremente de ellos y no se deben ver afectados por la declaración de ineficacia.

Precisó incluso que cualquier persona puede afiliarse a los fondos de pensiones voluntarias, sin importar si estaba afiliado al Régimen de Prima Media o en el Régimen de Ahorro Individual. En los fondos de pensiones voluntarias, cada afiliado tiene una cuenta de ahorro, que se excluye de la cuenta de ahorro obligatorio, pues su finalidad es construir un ahorro, no solo para cerrar la brecha pensional, sino también por temas de educación, vivienda, compra de acciones, entre otros

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

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la parte actora y de Colpensiones. El procurador judicial de la demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el reiterado precedente del órgano de cierre en estos escenarios, pues como bien se dice en la ratio decidendi, no se probó por parte de las administradoras de pensiones, que a la accionante se le hubiere dado una información plausible que dejara incólume el consentimiento informado, ineludible en el tópico de las afiliaciones o traslados de regímenes, encontrándose la sentencia en armonía con el precedente contenido en las sentencias con radicados 31989-08; 31314-08; 33083-11; SL1236-14; SL9519-15; SL 17595-17; SL19447-17, SL3496-18 y la 76284 de agosto de 2019.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones, refirió que la afiliación de la demandante a Protección S.A., es válida, pues no se observan vicios en el consentimiento, por el contrario la misma se dio a través de un acto libre y voluntario realizado por la accionante en pleno uso de sus facultades, resaltando que el no cumplimiento de las expectativas pensionales, no es razón para argumentar un engaño, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia o en el evento de que se confirme la misma, se condene a Protección S.A., a la devolución de los recursos que comprende no solamente

los saldos de la cuenta de ahorro individual, sino, además, el 16% total del descuento en pensión, comisiones de administración, fondo de garantía de pensión mínima, reaseguro de invalidez y sobrevivencia, aclarando que cada valor debe encontrarse debidamente indexado al momento de la devolución a Colpensiones.

## **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 Gloria Patricia Zapata Amaya, nació el 3 de febrero de 1967.

- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Davivir hoy Protección S.A., el 13 de junio de 1997, con fecha de efectividad el 1° de agosto de 1997, tal y como se evidencia del formulario de afiliación obrante a folio 16 del anexo 03 del expediente digital.

- Que la accionante acredita un total de 1294.29 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., el 05 de octubre del 2020, visible a folios 59 del anexo 07 del expediente digital.

### **2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

Debe determinar la Sala si:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el presente proceso por la señora Juez Novena Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Protección S.A., efectuado por la demandante?

¿Es procedente ordenar a Protección S.A., trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima y primas de reaseguro, indexadas?

¿Procede el traslado de los aportes voluntarios que hubiese podido efectuar la demandante, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de la afiliación?

### **2.4.- TESIS**



Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) 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; (ii) no procede la indexación de los conceptos que deben trasladarse a Colpensiones; (iii) los efectos de la declaración de ineficacia de la afiliación no inciden en los aportes voluntarios que eventualmente hubiera realizado la demandante, en consecuencia, la sentencia debe ser ADICIONADA y REVOCADA PARCIALMENTE en el numeral segundo, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., el traslado a Colpensiones de los aportes al Fondo de Garantía Mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante y excluir del traslado los aportes voluntarios, 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 1° 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:

Sentencia	Línea Jurisprudencial
SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA  Se produce la nulidad del traslado de régimen pensional por incumplimiento del deber de información, es insuficiente el formulario de vinculación para acreditar el consentimiento informado  Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre de 2011 de instancia.	CONFIRMATORIA
SL, SL12136 Rad 46292 del 03 de septiembre de 2014	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de traslado, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993.
SL 19447(47125) del 27 de septiembre de 2017	Debe acreditarse el cumplimiento del deber de información encontrándose o no la persona bajo en el régimen de transición.
SL 17595-2017 (46922) del 18 de octubre de 2017	CONFIRMATORIA
SL413 (52704) del 21 de febrero de 2018	CONFIRMATORIA  La afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	CONFIRMATORIA  Las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, quien debe probar la diligencia y cuidado es el Fondo de Pensiones, quien estaba obligado a emplearla.
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	CONFIRMATORIA  Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información  Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL 1452 (68852) del 03 de	ACLARATORIA

abril de 2019	<p>El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible.</p> <p>No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del precedente.</p>
SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	CONFIRMATORIA –
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	<p>CONFIRMATORIA-</p> <p>Imprescriptibilidad de la Acción</p> <p>La información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia debe ser evaluada respecto a la asesoría inicial, sin que se produzca su saneamiento en virtud de las reasesorías posteriores</p>
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.</p>
SL1611 del 01 de julio de 2020	CONFIRMATORIA
SL2877 del 29 de julio de 2020	<p>CONFIRMATORIA</p> <p>Efectos de la ineficacia.</p>

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 subreglas principales establecidos 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 GLORIA PATRICIA ZAPATA AMAYA, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 13 de junio de 1997, con fecha de efectividad el 1º de agosto de la misma anualidad, tal como se acredita con el formulario obrante a folio 16 del anexo 03 del expediente digital, no obstante, el mismo 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 *“La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado –(sentencia SL1688 de 2019); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.*

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que Protección S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado.

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante, la misma indicó que laboraba en una empresa de confecciones y a mediados del año 1997, los reunieron y les informaron el traslado al fondo privado, que les informaron que Colpensiones tenía muchos afiliados y tendía a desaparecer, que en el fondo privado iban a tener una solidez muy fuerte, que le hablaron de heredabilidad, pero no de pensión anticipada, ni de aportes voluntarios. De lo dicho por la actora, no se deriva prueba de confesión, no siendo posible señalar, que Protección S.A., cumplió con el deber de información conforme a la normatividad vigente para la época, pues la información suministrada a la demandante, fue parcial e incompleta.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Davivir hoy 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 la afiliación.

### **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 Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información, 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, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) 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 accionante, 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.”*

### **Traslado de los aportes voluntarios**

Se tiene que la a quo ordenó a Protección S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la actora, dentro de los cuales incluyó las cotizaciones voluntarias, decisión que, atendiendo al recurso de apelación interpuesto por Protección S.A, debe ser revocada, teniendo en cuenta que estos aportes no hacen parte del porcentaje de cotización obligatoria, por ello no forman parte del capital que debe ser trasladado, aunado a ello, no existe prueba que la accionante hubiera realizado aportes voluntarios y de haberlos efectuados, lo procedente es su devolución a la misma, previa solicitud al fondo privado.

Así lo disponen los artículos 2.2.1.1.3. y 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 del 2016, que compendian a su vez, los artículos 4 y 15 del Decreto 692 de 1994, así:

*“ARTÍCULO 2.2.1.1.3. Régimen solidario de prima media con prestación definida. En el régimen solidario de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.*

*ARTÍCULO 2.2.2.3.1. Traslado de régimen pensional. (...)  
2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado”.*

Debe sí diferenciarse los aportes que se efectúan a la cuenta de ahorro individual en pensiones obligatorias, de los aportes que se realizan al Fondo de Pensiones Voluntarias de la AFP, que se manejan a través de cuentas independientes, precisando que, sobre estos últimos, no recae la ineficacia declarada, por lo tanto, la afiliación al Fondo de Pensiones Voluntarias conserva su validez, aun cuando la demandante retorne al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Conforme a los anteriores criterios, encuentra la Sala, que la orden impartida por la señora Juez Novena Laboral del Circuito de Medellín, se encuentra parcialmente ajustada a derecho, debiendo ADICIONARSE en su numeral segundo, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar también a COLPENSIONES, los aportes al fondo de garantía mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante y REVOCARSE, parcialmente el mismo, a fin de excluir el traslado de los aportes voluntarios en el evento de haberse efectuado.

Finalmente, solicitó la apoderada de Colpensiones en sus alegatos de conclusión, se ordene la indexación de los valores que deben ser trasladados por Protección S.A., advirtiéndolo este cuerpo colegiado que no es posible impartir orden en dicho sentido, ello por cuanto, dentro de los conceptos que deberá trasladar Protección S.A. a Colpensiones, se encuentran los rendimientos financieros, los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva de los aportes. Aunado a ello, se está ordenando a las AFP codemandada, devolver todos los conceptos descontados al porcentaje de la afiliación.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A.

### **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 **ADICIONA y REVOCA PARCIALMENTE** el numeral segundo de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Noveno Laboral de Circuito de Medellín, el 7 de diciembre de 2020, en el proceso ordinario instaurado por la Señora GLORIA PATRICIA ZAPATA AMAYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar también a COLPENSIONES, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el

valor de la cotización obligatoria de la demandante y excluir del traslado los aportes voluntarios que hubiere efectuado la accionante.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$908.506 pesos.

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

El fallo anterior queda notificados a las partes por ESTADOS, de conformidad con el Artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,

  
**SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE**

  
**CARLOS JORGE RUIZ BOTERO**

  
**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**

La presente providencia fue notificada por estado No. **69** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 26 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario