

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: CLARA INÉS BRAVO ACOSTA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-012-2021-00040-01
RADICADO INTERNO	: 148-22
DECISIÓN	:ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 183

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia del acto jurídico de traslado, realizado por la demandante a partir del 1º de agosto de 1996 al Régimen de Ahorro Individual, a Colfondos S.A., el traslado realizado a partir del 1º de septiembre de 2000 a Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A. y la realizada a partir del 1º de agosto de 2003 a la sociedad Protección S.A., por haber faltado las AFP, al deber objetivo de información. Como consecuencia se le ORDENE a Protección S.A. a transferir a Colpensiones, el saldo de la cuenta

de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y cuotas de administración; y se condene a las demandadas al pago de costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 13 de junio de 1967; la demandante se afilió al ISS a partir del 6 de abril de 1990 y realizó aportes hasta el 8 de julio de 1996, alcanzando un total de 235 semanas; el 1º de agosto de 1996 suscribió formulario de traslado a Colfondos S.A., a partir del 1º de septiembre de 2000 se trasladó a Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A y a partir del 1º de agosto de 2003 se trasladó a Protección S.A.; desde el traslado al Régimen de Ahorro Individual, la demandante ha realizado aportes al Sistema General de Pensiones, contabilizando al 30 de octubre de 2020 un total de 1.127 semanas que sumadas con las 235 semanas de Colpensiones arroja un total de 1.62 semanas. La demandante cumplió 47 años de edad el 13 de junio de 2014, oportunidad en que no recibió asesoría por parte de Protección S.A., para que ejerciera el derecho de elección y traslado; a solicitud de la parte demandante, la sociedad Protección S.A. le realizó proyección comparativa de la mesada pensional, en donde le informó que en caso de continuar cotizando hasta los 55 años de edad, en el Régimen de Ahorro Individual accedería a una mesada pensional en la suma de \$1.202.762 y en el Régimen de Prima Media a los 57 años de edad la mesada ascendería a \$4.705.181. El 29 de diciembre de 2020, la demandante le solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, solicitud que fue negada por encontrarse a 10 años o menos del requisito de la edad para pensionarse. Las administradoras de fondos de pensiones no le brindaron una información suficiente, veraz, completa y clara, sobre las implicaciones del traslado.

RESPUESTA A LA DEMANDA

En la contestación de Colpensiones, dicha entidad aceptó la fecha de nacimiento y la solicitud de traslado presentada el 29 de diciembre de 2020 a Colpensiones. No es cierto que la afiliación al ISS fuera el 6 de abril de 1990 sino el 1 de julio de 1996. La afirmación respecto a la confianza que tenía, que Protección S.A. reconocería pensión acorde a los aportes, no es un hecho. respecto a los demás hechos, dijo que no le constan. Y se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (expediente digital 06).

La sociedad Colfondos S.A. acepta que la demandante solicitó traslado a Colfondos S.A. el 1º de agosto de 1996, pero resaltó que el traslado a dicha entidad obedeció a la asesoría integral y completa que le fue brindada. En relación a los demás hechos, dijo que no le constan. Y se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas (expediente digital 07).

La sociedad Protección S.A. dijo que es cierta la fecha de nacimiento y el traslado de régimen pensional, pero precisó que según el historial de vinculaciones, fue a partir del 10 de julio de 1996 que se dio la solicitud de traslado a Colfondos S.A., el 30 de junio de 2000 se afilió a Colpatria hoy Porvenir S.A, el 29 de septiembre de 2000 se trasladó a Horizonte hoy Protección S.A. y el 27 de junio de 2003 a Protección S.A.; los aportes realizados al Sistema General de Pensiones; la proyección pensional realizada por Protección S.A.. No es cierto que Protección S.A. no haya realizado asesoría para ofrecer la posibilidad de trasladarse, porque no era deber de Protección S.A. informar a la demandante la prohibición de trasladarse cuando la faltara menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional porque el deber de brindar la reasesoría surgió con la expedición de la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; y que la demandante haya confiado en que Protección S.A. reconocería pensión acorde a los aportes. No le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 08)

Y la sociedad Porvenir S.A dijo que no es cierto que la suscripción del formulario de afiliación haya sido en la fecha señalada; y no es cierto el total de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones ni la falta de información frente a las implicaciones del traslado, porque Porvenir S.A jamás se ha valido de artimañas o engaños en el trámite de vinculaciones de sus afiliados. No le constan los demás hechos. Y se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda (expediente digital 12).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 27 de abril de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual en el marco de la afiliación adelantada por COLFONDOS S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media dirigida por Colpensiones.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos financieros al igual que, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. A la par dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los valores que haya descontado a la demandante, por conceptos de porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Le ORDENÓ a Colpensiones a reactivar la afiliación de la accionante al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad y recibir los valores mencionados e integrarlos al fondo común que administra, y que las semanas acreditadas por las AFPS se reflejen en su historia laboral. Condenó en costas a la AFP COLFONDOS S.A.. Sin costas a las accionadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A. apela parcialmente la sentencia, relacionada a la orden que se le impone a su representada la devolución de las comisiones de administración y sumas del seguro previsional, argumentando que el primero de los conceptos está autorizado descontar como consecuencia de la buena administración de la cuenta de ahorro individual y que se ve materializada en el incremento de la cuenta de ahorro individual, generando rendimientos financieros dicha devolución implicaría un enriquecimiento sin causa, porque en caso que la demandante hubiera permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media se le hubieran generado esos descuentos y más cuando esos descuentos no se utilizan para financiar la pensión de vejez, lo que hace que sean susceptibles de prescripción al ser un concepto de tracto sucesivo; adicionalmente, en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, que regulan las sumas de dinero que deben devolverse cuando existe un traslado de régimen pensional, solo establece el traslado de las cotizaciones y rendimientos, por lo que no hay norma que obligue a su representada a trasladar suma diferente, y esta decisión ha sido validado por el concepto de la Superintendencia Financiera en el año 2020.

En relación con las sumas del seguro previsional, no hay lugar a su devolución porque es un concepto pagado a un tercero de buena fe, el cual no fue convocado al presente proceso y no acepta que deba ser asumido dicho concepto por la entidad accionada con cargo a su patrimonio porque dicho concepto no ingresó al patrimonio de Porvenir S.A., sino que ingresaron al patrimonio de la aseguradora, la cual es un sujeto ajeno a la relación contractual.

Y tampoco hay lugar a devolver la comisión de administración y del seguro previsional en forma indexada, porque los rendimientos financieros generados exceden lo señalado por la Superintendencia Financiera, lo que genera que el valor adquisitivo de la moneda se haya cubierto, y ello lo sustenta, porque se está aplicando los efectos de ineficacia a una de las partes de la relación contractual, ello es, para los fondos privados y no se aplica la misma obligación para la parte demandante, porque con la declaración de la ineficacia ambas partes están obligadas a las restituciones mutuas.

El apoderado de Protección S.A. solicita la revocatoria parcial de la sentencia, en lo que tiene que ven con la condena impuesta a Protección S.A. de realizar la devolución de los dineros descontados por gastos de administración y la prima de seguro previsional, toda vez que ambos conceptos han autorizados en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, y en el cual autoriza a las administradoras de fondo de pensiones de ambos regímenes, realizar la deducción del gasto de administración, y al estar exequible dicha norma en el ordenamiento jurídico, ninguna de las demandadas a las que se le impuso esta orden han violentado la norma; la deducción en mención tiene como objetivo, compensar o cubrir los gastos que se generaron con la administración de los recursos y para cubrir el pago de la prima previsional que se contrata con la aseguradora para que la demandante haya estado protegida contra las contingencias de invalidez, vejez y muerte; aunado a lo anterior, con el certificado de rendimientos que obra en el expediente se acredita que los rendimientos generado han sido del 150% de ganancias, lo que da cuenta que los mismos se administraron en debida forma por Protección S.A..

Sostiene que con la orden de trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, la comisión de administración y los aportes, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al recibir una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez del demandante y resalta que con ocasión a los procesos de nulidad y/o ineficacia a Colpensiones se le están trasladando los rendimientos financieros, fruto de la gestión de las administradoras privadas, pero considera el apelante que en este caso, Protección S.A. tiene derecho a conservar la comisión de administración como restitución mutua a su favor y no hay razón a trasladar a Colpensiones y más porque el art 1746 del CC dispone cuales son los efectos de la nulidad, y con forme a ello, las cosas al volver al estado anterior generaría cuatro efectos: 1º) Si el contrato de afiliación nunca existió y Protección S.A. no debió haber administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual por lo tanto los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron 2º) Si el contrato de afiliación nunca existió y si no hubo una administración de los recursos, no debió haber un cobro de la comisión de administración que Protección S.A., en ese sentido, aunque se haga la ficción que la vinculación nunca existió no se pueden desconocer que la cuenta de ahorro individual producto frutos y producto de dicha gestión es que su

representada tiene derecho a conservar la comisión de administración al haber hecho rentar el patrimonio del demandante y lo anterior se sustenta en la sentencia SL 31989 de 2008, y la Superintendencia Financiera en concepto del año 2020 indicó que cuando se declara jurídicamente la nulidad y/o ineficacia de la afiliación se debe dar aplicación al art 7 del Decreto 3995 de 2008 en el que se estable que se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por las administradoras.

En relación con la devolución de la prima de seguro previsional, advirtió que la Superintendencia Financiar en el concepto del año 2020 consideró que tampoco se debe trasladar, porque ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe al ser declarada la nulidad del negocio jurídico, y la Sala Laboral en sentencia SL 2324 de 2019 y con base a ello determina la imposibilidad de Protección S.A. de realizar una repetición en contra de la aseguradora para que se trasladen esos descuentos y más porque el servicio fue prestado.

En caso de confirmar la orden de trasladar la comisión de administración y la prima de seguro previsional con cargo a los recursos de Protección S.A., se está en una condena en contra de la accionada, lo que se debería analizar a la luz de la responsabilidad civil, sin que en este proceso se haya demostrado la causación de esos perjuicios, los cuales debían ser probados por el demandante. Así mismo sostiene, que la comisión de administración y la prima de seguro previsional se le aplica la prescripción, al ser descontados en la periodicidad que establece la ley porque con esos dineros no financian la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **del recurso de apelación:** ii) Si hay a revocar la sentencia que les ordena a las sociedades Porvenir S.A. y Protección S.A. trasladar los gastos de administración y seguro previsional.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar; i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia ordenándole a las accionadas Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, que se encuentran conformados por “... *el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.*”, debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de los fondos.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 13 de junio de 1967 (fl 13 del expediente digital 03); cotizó al ISS hoy Colpensiones, desde el 6 de abril de 1990 al mes de julio de 1996 (fls. 16 a 18); solicitó traslado a Colfondos S.A. el 10 de julio de 1996, realizó un traslado automático a Colpatria el 30 de junio de 2000, por cesión se trasladó a Horizonte el 29 de septiembre de 2000 por traslado automático pasó a Protección S.A. el 27 de junio de 2003 según reposa en el historial de vinculaciones fl. 8 del expediente digital 07 y fl 41 del expediente digital 08).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que en la actualidad es gerente de una empresa; la afiliación a Colfondos S.A. se presentó en agosto de 1996, unos asesores visitaron y los reunieron a un grupo para explicarles sobre Colfondos S.A.; le hablaron de las ventajas y dijeron que con el traslado a Colfondos S.A. mejoraría la pensión; no recuerda que le hayan explicado lo que pasaría con lo que tenía cotizado al ISS con el traslado; no le dijeron que iba a tener una cuenta de ahorro individual con Colfondos S.A.; no le explicaron que su pensión iba a depender del capital que ella lograra ahorrar; no le explicaron cómo lograr una mejor pensión con Colfondos S.A., solo que era un régimen privado y en ese

momento se hablaba que el ISS se iba a terminar por dificultades económicas y lo privado era más eficiente por lo que iba a tener una mejor pensión, y ese fue el pánico, porque el ISS se iba a terminar y la opción era el fondo privado; antes de trasladarse a Colfondos S.A. no sabe cuáles eran los requisitos en el ISS para pensionarse porque estaba muy joven; los asesores no le hablaron de la pensión anticipada, ni lo que pasaría con sus cotizaciones en caso de que ella falleciera; no le hablaron de rendimientos financieros; no le hablaron de los aportes voluntarios; la motivación para trasladarse a Horizonte - Porvenir S.A. era porque llegaban a hacerles una asesoría a través de nómina, y allí les mostraban las ventajas que les iban a pagar más en la pensión y en nómina los orientaban que era mejor en ese fondo; su motivación para regresar a Colpensiones es netamente económico porque en Protección S.A. la proyección de la pensión le da \$1.200.000 y en Colfondos (sic) \$4.700.000 por lo que busca el mínimo vital; en la asesoría no le dijeron que con el traslado iba a recibir una pensión inferior sino que Colfondos S.A. le dijo que al estar en un fondo privado y al tener ellos una administración de esos recursos esa plata que aportaba, ellos iban a lograr que el monto fuera mayor; el fondo le garantizaba que iba a tener una mejor pensión con la administración pero el detalle no recuerda que se lo hayan mostrado; realizó traslados entre administradoras del sector privado porque era una recomendación que daban en nómina y al momento de trasladarse a Protección S.A. fue porque ellos trabajaban con Suramericana y la recomendación de los directivos era coger todo con ellos. No ha solicitado el reconocimiento de la pensión.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará 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”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“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...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...”**. (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la**

prueba correspondería a la entidad demandada, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;....”.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aun operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Colfondos S.A. (entidad que realizó el traslado de régimen pensional), no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicho fondo de pensiones, sin que les hayan dado

una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad Colfondos S.A. aporte captura de pantalla, historial de vinculaciones, reporte de estado de cuenta del afiliado, comunicado de prensa (fl. 17 a 23 del expediente digital 07), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de ineficacia de la afiliación de la demandante adelantada por Colfondos S.A.; así como la condena impuesta a Protección S.A. de trasladar a Colpensiones, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, rendimientos financieros y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y las condenas impuestas a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que

dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

***En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.”** (Resalto fuera del texto)*

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de

integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Conceptos que no prescriben teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los*

gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021)."

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el **principio de sostenibilidad financiera** no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

"Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que se deberá ADICIONAR la sentencia en el siguiente tenor:

- ORDENARLES a las sociedades Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por "*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*" debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de los fondos.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las sociedades Porvenir S.A. y Protección S.A., por no prosperar los recursos de apelación presentados.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENARLE** a las sociedades Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de los fondos, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las sociedades Porvenir S.A. y Protección S.A., por no prosperar los recursos de apelación presentados.

CUARTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.


HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: CLARA INÉS BRAVO ACOSTA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-012-2021-00040-01
RADICADO INTERNO	: 148-22
DECISIÓN	:ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 27 de julio de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 27 de julio de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO