

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	Saúl de Jesús Gómez Pineda
DEMANDADOS	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 7º Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 3105 007 2021 00181 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 165 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca, adiciona y confirma

En la fecha, **cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza, y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de **Colpensiones**, y grado jurisdiccional de consulta para la misma entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Saúl de Jesús Gómez Pineda**, en el que también se demandó a la **AFP Protección S.A.** Radicado único nacional 05001 3105 **007 2021 00181** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del año en curso, procede a emitir sentencia, según

proyecto estudiado, discutido y aprobado mediante acta Nro. 023 que se plasma a continuación:

Antecedentes

El demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, se le ordene a Protección S.A., retornar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos o títulos pensionales, aportes al fondo de solidaridad, sumas adicionales de la aseguradora, comisión por administración, rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y a esta última entidad a recibirlo sin solución de continuidad. Pide también la condena en costas.

En sustento de ello afirma que, nació el 28 de abril de 1965, laborando en diferentes empresas, las cuales realizaron aportes al extinto ISS; que el 1º de marzo de 1997, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, al haberle indicado la asesora de Colmena que su acto no le traería ninguna consecuencia negativa, pues, por el contrario, ese era el régimen que más le favorecía, al garantizarle una pensión mejor a la que podría obtener en el ISS, entidad que por demás se iba a acabar. Afirma que no le informaron sobre las semejanzas, diferencias, ventajas y desventajas que tenían los dos regímenes, así como tampoco se le efectuó ninguna proyección del valor de la pensión en uno y otro, generándose con ello un engaño y una omisión de información. Adujo que solicitó ante Protección una proyección de la pensión, advirtiéndole la entidad que tendría derecho a una garantía de pensión mínima, y a Colpensiones el traslado de régimen, respondiéndole que no era procedente al encontrarse a menos de 10 años de la edad para

pensionarse.

En auto del **26 de julio de 2021, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación las demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos la fecha de nacimiento del actor, el traslado que el mismo efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 11 de febrero de 1997, las peticiones elevadas por el señor Saúl, y las respuestas suministradas. Los demás hechos no le constan. **Presentó oposición** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica.

Protección S.A., admite la data en que nació el actor, la suscripción del formulario de afiliación el 11 de febrero de 1997, como traslado del régimen de prima media con prestación definida, y la respuesta dada a la petición elevada, con relación a los restantes supuestos de hecho manifiesta que no son ciertos, aclarando que la entidad *"le brindo una asesoría clara, responsable, veraz, cierta, oportuna, profesional, objetiva e integral donde se le expuso con claridad las características propias del Régimen de Ahorro Individual, las implicaciones de su decisión de afiliarse a este régimen y sus diferencias con el Régimen de Prima Media, dejando claro que uno y otro son excluyentes y que cada uno conllevaba sus propias condiciones y las regulaciones propias y corresponde cada afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad, tal y como lo hizo el demandante"*. Afirma que también se le dijo al demandante que en *"el Régimen de Ahorro Individual la pensión de vejez depende de varios factores, tales como edad, beneficiarios, expectativa de vida según tabla de mortalidad de rentistas, saldo de la cuenta de ahorro individual (capital, bono y rendimientos), factor actuarial (combinación expectativa de vida y factor financiero), aportes voluntarios y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada, entre otras cosas, así mismo*

se indicaron las características, y las posibles consecuencias que acarrearía con este traslado.” **Resistió** las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver comisiones de administración y seguros previsionales por falta de causa y al afectar derechos de terceros, prescripción y la innominada.

La primera instancia **terminó con sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito**, en la que se declaró **ineficaz** el traslado de régimen pensional efectuado por el actor a Protección S.A.; teniéndolo válidamente afiliado a Colpensiones, sin solución de continuidad, en consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. *“a trasladar los dineros con destino a COLPENSIONES, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, se exceptúan de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y prima de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte /.../ Estos dineros deberán ser trasladados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia..”* condenó a COLPENSIONES a validar la afiliación del demandante y recibir los dineros que debe entregarle la AFP, además de tener en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS como semanas que deberán reflejarse en su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, salvo de la de buena fe e imposibilidad de condena en costas en favor de Colpensiones, y la de devolver cuotas de administración y de inexistencia de la obligación de devolver prima de seguros previsionales invocada por Protección S.A. Gravó con las costas a la AFP Protección S.A., fijando el monto de las agencias en derecho y dispuso el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

Argumentó la falladora que el traslado de régimen se encuentra regulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, partiendo el mismo de la cabal y correcta asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada sobre dicho acto, indicando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, que la omisión de las administradoras de pensiones en brindar una debida asesoría al momento del traslado, lo convierte en ineficaz, posición que ha constituido una línea jurisprudencial pacífica y reiterada desde el 2008, estableciéndose en dichas sentencias que las administradoras desde su creación, es decir, desde 1994 que empezó a regir el sistema pensional de la Ley 100, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, existiendo hasta el 2009 un deber de información, con posterioridad y hasta el 2015 el deber de asesoría y buen consejo, y en la actualidad la doble asesoría; que la simple constancia del consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues, ello a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado, y que la carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió una información debida, veraz y suficiente cuando se vinculó le corresponderá a la administradora de fondos de pensiones.

Estableciendo que para el caso, se presentó un incumplimiento al deber de información, pues, no se advierte que se le hubiese suministrado la necesaria, completa y veraz al momento de la vinculación inicial, ni con posterioridad, razón por la cual procedente resultaba la declaratoria de ineficacia de la afiliación, debiendo Protección S.A. trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual, aportes y rendimientos, incluyendo lo descontados por concepto de garantía de pensión mínima, y exceptuando de tal devolución los conceptos de gastos de administración y seguros previsionales, al tener los mismos sustento legal, así como

evidenciarse una buena administración en el lapso que la actora estuvo en dicho fondo, lo cual le generó unos rendimientos financieros, y al haber estado cubierta frente a los riesgos de invalidez y muerte durante su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ello como producto del pago realizado por el fondo a compañías aseguradoras de dicho régimen, quienes se constituyen en terceros de buena fe.

Inconforme con la decisión **Colpensiones presentó recurso de apelación**, solicitando que en caso de que se considere procedente la declaratoria de ineficacia, se le ordene al fondo privado el traslado del 100% de las cotizaciones realizadas, sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes y rendimiento, se devuelva el valor de los gastos de administración y seguros previsionales, al ser pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en disponer tal orden, incluso, con cargo al patrimonio de los fondos privados, ello, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución, y en aras de conservar el equilibrio financiero del sistema, pues, las personas que retornan se encuentran próximas a pensionarse.

En lo desfavorable y no apelado por Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 del C. P. T. y de la S.S.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso **Colpensiones**, rogando se revoque la decisión, advirtiéndole que los afiliados cuentan con el derecho de elegir libremente a que régimen quieren pertenecer, tal como lo indican los liberales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, hecho debidamente acreditado y también que el fondo suministró una información suficiente que le generó un grado de confiabilidad que la llevó a optar por pertenecer a

dicho régimen, resaltándose como ventaja que su capital fuera heredable, la posibilidad de pensión anticipada y los rendimientos que percibía su ahorro, sin que se pueda afirmar que la AFP no proporcionó una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información, pues ello desconoce que tal deber ha tenido varias etapas, y debe valorarse la actuación de acuerdo a la reglamentación vigente en cada una, recayendo también en cabeza del afiliado la responsabilidad de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones al que quiere pertenecer.

Reitera que el demandante no puede ser trasladada nuevamente al RPMPD, por encontrarse dentro de la restricción legal de 10 años, lo que está acorde con la sentencia C 1024 de 2004, de la que transcribe aparte, y además la ineficacia resultaría inoponible a terceros de buena fe como Colpensiones, concepto que explica con citas jurisprudenciales.

En el evento de confirmarse procedente la ineficacia, pide modificar el numeral tercero, para ordenar a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el 100% del aporte realizado por el demandante, teniendo en cuenta la sentencia SL81989 de 2008 (sic), que sirve de base a tal declaratoria y las SU 062-2010, SU130-2014 y las SL4989-2018 y SL1688- 2019.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

De acuerdo con el recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, en el evento de llegarse a la misma conclusión de la a quo, se establecerá si es viable su retorno

automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, y los conceptos que estas comprenden.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera el cumplimiento de tal exigencia y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, o por reasesoría posterior, o por los actos de relacionamiento, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias

SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL555-2022, SL556-2022, SL587-2022 y SL1055-2022), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose por la Corporación que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Sin que obre en los autos medio de convicción del que se advierta la explicación sobre las condiciones del Régimen de Ahorro Individual RAIS y sus diferencias con el Régimen de Prima Media RPM, que detalladamente se afirma en el escrito de contestación fueron brindadas al afiliado al momento de suscribir el formulario con la AFP Colmena hoy Protección S.A., por lo que acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizada

porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo la consecuencia idéntica a la de la nulidad, esto es, vuelta al estado anterior, explicándose por la Sala de Casación Laboral que en estos casos:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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.*

Y en relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima dijo:

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y concluye la Corte:

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

Y en sentencia SL 081 de 2021, se reitera:

Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también aparece que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías... deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones... tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, y bajo el entendido que la consecuencia es la ineficacia del traslado, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Bajo la misma línea, en decisión CSJ SL1688-2019, se manifestó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (fl. 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.

Puntualizando:

se impone adicionar el numeral quinto de la misma decisión, con el fin de precisar que, además del capital ahorrado por la accionante, junto con los intereses y rendimientos producidos sobre el mismo, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se encuentra en la obligación de trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones ...

los valores correspondientes a los gastos de administración, los cuales, según se expuso en precedencia, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Y en SL3202-2021, indica que la declaratoria de ineficacia involucra:

"la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante 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"

Véase igualmente la sentencia SL145 de 2021, SL587-2022.

Posición que ha sido traída hasta la fecha, por lo que acogándose por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las explicaciones de la a quo tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a ***gastos de administración y seguros previsionales***, debiéndose tener en cuenta además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P. en concordancia con la sentencia C 621-2015 y el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en que se exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de

mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de los fondos de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización del afiliado cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por la AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"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..."*.

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad, razón por la que se **revoca parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia** para ordenar a la **AFP Protección S.A., incluir dentro de las sumas a restituir a COLPENSIONES, el monto descontado por gastos de administración** (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, **incluyen además de tal concepto, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima**), por ser esta una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia de traslado.

Lo anterior implica revocar parcialmente el numeral sexto de la parte resolutive de la providencia, en cuanto declaró probadas las excepciones de no devolver cuotas de administración e inexistencia de la obligación de devolver prima del seguro previsional.

Cabe agregar que en atención a la modificación efectuada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (**ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL587-2022 y SL 1055-2022**), procedente resulta ordenar la **indexación de los rubros correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima,** por lo que se **adiciona la decisión revisada en tal sentido,** valores que deberá asumir la administradora Protección S.A con cargo a sus propios recursos.

Se complementa la decisión, **para indicar que la AFP** al momento de cumplir la orden impartida, deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Los valores antes mencionados no se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues pese a que los mismos no están ligados al reconocimiento de la prestación, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterio expuesto de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se extingue por este fenómeno, sumado a que solo en este trámite fue declarada.

Finalmente, se debe precisar que en este caso no se está autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la vinculación y de la movilidad entre las AFPs en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Ante la prosperidad del recurso y por conocerse en grado jurisdiccional de **consulta para Colpensiones**, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca parcialmente, adiciona y complementa la sentencia revisada**

por apelación y consulta, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, dentro del proceso promovido por **Saúl de Jesús Gómez Pineda**, en contra de la **AFP Protección S.A. y Colpensiones** así:

Revoca parcialmente el numeral tercero en el sentido de ordenar a la **AFP Protección S.A** devolver a COLPENSIONES **la totalidad de las cotizaciones obligatorias** recibidas con motivo de la afiliación del demandante al RAIS, con los rendimientos financieros, **incluidos los descuentos efectuados por gastos de administración, seguros previsionales y aporte a garantía de pensión mínima**, obligación que debe cumplirse dentro de los **30 días siguientes** a la ejecutoria de esta decisión. **Los últimos tres conceptos (gastos de administración, porcentaje aplicado a seguros previsionales y a garantía de pensión mínima) deberán devolverse debidamente actualizados mediante el mecanismo de la indexación**, y con cargo a los recursos de la propia entidad.

Complementa la decisión, para ordenarle a Protección S.A., que al momento de cumplir deberá allegar relación de los diferentes rubros discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique

Revoca parcialmente el numeral sexto, en cuanto declaró probadas las excepciones no devolver cuotas de administración e inexistencia de la obligación de devolver prima del seguro previsional. **En lo demás se confirma la providencia revisada.**

Ante la prosperidad del recurso y por conocerse en grado jurisdiccional de **consulta para Colpensiones**, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado