

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: ELIZABETH RESTREPO VANEGAS
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2020-00386-01
RADICADO INTERNO	: 193-22
DECISIÓN	:REVOCA PARCIALMENTE, ORDENA, ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 223

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 nulidad - ineficacia del traslado del ISS al Régimen de Ahorro Individual; que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones.

Se ORDENE el traslado al Régimen de Prima Media con la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual depositados y administrados por PROTECCIÓN S.A., así como, la totalidad de los dineros que hayan ingresado al por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias, sin ningún tipo de

deducción; rendimientos financieros del dinero aportado al Régimen de Ahorro Individual y los bonos pensionales. Se condene a las demandas en costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 11 de octubre de 1967; su afiliación al sistema general de pensiones fue el 24 de febrero de 1986; en 1994 los asesores de PROTECCIÓN S.A. le brindaron asesoría sobre las mejores oportunidades que tenía para pensionarse y con más garantías, le informaron que al afiliarse a dicho fondo se pensionaría antes de la edad requerida en el ISS y con una mesada pensional superior; nunca le informaron las desventajas del traslado; no le suministraron información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, sobre el traslado. En la actualidad, la demandante cuenta con 1.600 semanas cotizadas. El 21 y 27 de octubre de 2020, les solicitó a las demandadas, declarar la ineficacia del traslado y lo anularan, para respetar su afiliación al Régimen de Prima Media. En comunicación del 3 de noviembre de 2020 PROTECCIÓN S.A. dio respuesta, manifestando que su solicitud no era procedente por no cumplir los requisitos establecidos en la sentencia SU 062; Colpensiones en comunicación del 21 de octubre de 2020 rechazó la solicitud por faltarle 10 años o menos para cumplir la edad pensional. Conforme proyección realizada por abogado y consultor actuarial y la proyección realizada por PROTECCIÓN S.A. el 27 de octubre de 2020, la mesada en el Régimen de Prima Media sería de \$2.085.042 y en Régimen de Ahorro Individual de \$1.404.326; que se debe tener en cuenta el principio in dubio pro operario para aplicar la condición más favorable en cuanto al régimen de la pensión; la demandante realizó el traslado bajo engaños, mentiras, mala fe e información tergiversada.

RESPUESTA A LA DEMANDA

En la contestación de la demanda, PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento; el traslado a PROTECCIÓN S.A. el 7 de septiembre de 1994 mediante formulario suscrito en forma libre y voluntaria; que se le indicó que podría pensionarse en forma anticipada porque en la asesoría inicial se le explica las características del Régimen de Ahorro Individual; las cotizaciones realizadas por la demandante; el derecho de petición radicado ante dicha

entidad ; la respuesta dada por PROTECCIÓN S.A.; y la solicitud de la proyección elevada a PROTECCIÓN S.A.. No le consta la fecha de afiliación al sistema general de pensiones; las averiguaciones que pudo hacer la demandante sobre la afiliación a PROTECCIÓN S.A.; la solicitud elevada a Colpensiones; la respuesta dada por dicha entidad; la proyección de la mesada en el Régimen de Prima Media; y el valor de la mesada pensional. En relación a los demás hechos, manifestó que no son ciertos. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (expediente digital 14)

Colpensiones en la contestación asegura que es cierto la fecha de nacimiento; la afiliación al sistema de seguridad social; la cotizaciones realizadas; la solicitud elevada a las entidades demandadas y las respuestas dadas por las mismas; la proyección de la mesada en el Régimen de Prima Media y en PROTECCIÓN S.A.. Las afirmaciones relativas al valor de las mesadas pensionales en ambos regímenes pensionales y la aplicación de la condición más favorable, señala que no son hechos. No le consta los demás hechos. Y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda (fls. 30 y siguientes, del expediente digital 16).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 9 de junio de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., en el año 1994; que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones sin solución de continuidad.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los dineros con destino a Colpensiones, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con sus respectivos rendimientos financieros. Se exceptuó de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y primas de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte. Dichos dineros deben ser trasladados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Se CONDENÓ a Colpensiones a validar la afiliación de la demandante y a recibir la devolución de los dineros ordenada, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. Declaró probada las excepciones de BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS propuesta por Colpensiones y la de DEVOLVER CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL propuesta por PROTECCIÓN S.A.. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante; y se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Colpensiones apela la sentencia y solicita que en el evento de considerar que es procedente la declaración de la ineficacia, se modifique la sentencia y se le ordene a PROTECCIÓN S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones realizadas sin descuento, ello es, que además de los aportes y rendimientos, traslade los gastos de administración y cuotas del seguro previsional, expresando que, la ineficacia resultaría inoponible a terceros de buena fe, tal y como lo es la entidad que representa, y dicha figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo de protección del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que los afiliados permanecieron en el Régimen de Ahorro Individual, y porque la seguridad jurídica que se deriva de la imposibilidad, pretende la protección de intereses patrimoniales de terceros, que tiene alcances al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la reserva pensional en el Régimen de Prima Media.

Considera que se debe analizar un análisis de la proporcionalidad de la medida que se adopta con la declaratoria de la ineficacia del traslado, donde se pondere los bienes jurídicos y se adopten otras medidas, donde la AFP, como responsable de la ineficacia del traslado, asuma la carga económica derivada de ese traslado, o que los dineros que se trasladen del Régimen de Ahorro Individual sean devueltos con base en un estudio actuarial. Señala que en la sentencia SL 81989 de 2008 se ordenó a los fondos privados que con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de las cotizaciones sin

descuento alguno, y así mismo lo han determinado los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia al ordenarle a los fondos privados trasladar la totalidad de los aportes sin descuento, ello en virtud del art. 48 de la CN.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en que los afiliados cuentan con el derecho de libre elección del régimen pensional consagrado en los literales b) y e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003; es libertad de escogencia es fundamental en el consentimiento libre que debe asistir al usuario de la seguridad social, hecho que quedó acreditado en vista que el demandante aceptó que el fondo le suministró información suficiente, que le generó confiabilidad. Con la aseveración de la falta de información suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna de las implicaciones del traslado, se está desconociendo que el deber de información ha tenido varias etapas y que el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación para el caso concreto, debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del contrato que lo fue el año 1994; si bien en la aseguradora recae la carga de la información al momento de la afiliación, es que en cabeza de la afiliada que recaen responsabilidades plasmadas en la Ley 1328 de 2009, dentro de las que se destaca, que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado y en este evento, la demandante presenta interés en su situación pensional, 20 años después de su afiliación al RAIS.

Sostiene que la parte demandante no puede trasladarse al Régimen de Prima Media al haber superado la edad permitida y dicha pretensión desestabiliza el sistema financiero del Régimen de Prima Media, conforme fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C 1024 de 2004, al estudiar la constitucionalidad de la restricción de retorno cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse; y la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como lo es Colpensiones y en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluarse la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y

ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales.

En caso de considerarse procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, solicita se modifique la orden dada a Protección S.A. de trasladar a Colpensiones la totalidad del aporte realizado por la demandante, tal y como es, los aportes, rendimientos y el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, adicionalmente se traslade los valores descontados por cuotas de seguros previsionales y todos los gastos de administración a que hubo lugar, en el tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicho fondo de pensiones, debidamente indexados, con base en la sentencia SL 81.989 de 2008 y todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran, las sentencias SU 062 de 2010, SU-130 de 2014, SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **del recurso de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la sentencia y condenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones realizadas sin descuento, ello es, que además de los aportes y rendimientos, traslade los gastos de administración y las cuotas del 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 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.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993, no tenía 35 años de edad al haber nacido el 11 de octubre de 1967 (fl 18 del expediente digital 03); cotizó al ISS hoy Colpensiones, desde el 24 de febrero de 1986 al 30 de septiembre de 1994 (fls. 19); solicitó traslado a PROTECCIÓN S.A. el 7 de septiembre de 1994 (fl. 35 del expediente digital 14).

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 tiene 54 años de edad; su afiliación a PROTECCIÓN S.A. se dio con una información masiva de recursos humanos de la empresa y en forma individual hicieron la firma de la solicitud; en esa información masiva le presentaron la rentabilidad, que los aportes iban a ser más rentables, les dijeron que el ISS se iba a acabar, que se podían pensionar cuando quisieran; en la reunión individual no le ampliaron la información; no le preguntaron sobre los aportes que tenía en el ISS y le dijeron que esos aportes pasaban a PROTECCIÓN S.A.; no le preguntaron por su grupo familiar; leyó los datos diligenciados en el formulario de afiliación porque lo diligenció el asesor que la atendió y ella le proporcionó esos datos.

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 aún 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 PROTECCIÓN 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. La sociedad PROTECCIÓN S.A. aportó como prueba el formulario de afiliación, constancia de afiliación; historia laboral para iniciar proceso de reclamación del bono pensional; historial de vinculaciones del SIAFP; reporte del estado de cuenta; historia laboral; documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales”; concepto de la Superintendencia Financiera 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, comunicados de prensa (fls. 35 a 93 del expediente digital 14), 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.**

Y frente a la oposición presentada por Colpensiones en relación a la declaración de ineficacia de la afiliación, con fundamento en el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, la Sala no lo acogerá, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o

no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

*“Así pues, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar, se itera, si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, **dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo** (SL1688-2019).” (Negrilla de la Sala)*

Adicionalmente no se acoge el argumento Colpensiones, porque la ineficacia del traslado puede ser declarada, aún en los eventos, en que el afiliado cuente con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en vista que con esta declaratoria lo que se busca es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual.

Y la sentencia 3034 de 2021 señaló al respecto *“Así mismo, es un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir SA en el año 2000, con lo cual, se desdibujó por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).”*

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., en el año 1994, y la orden dada a PROTECCIÓN S.A. a Colpensiones los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con sus respectivos rendimientos financieros.

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 siguientes¹:

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

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, 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).”

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 Régimen de Ahorro Individual, 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)*

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.

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 REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia en el siguiente tenor:

- ORDENAR a 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.
- Dar por no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **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 justifiquen.**

En lo que respecta a la solicitud elevada por Colpensiones, para que la devolución de los dineros se realice conforme a un estudio actuarial, no se accederá en tanto que, con la ineficacia declarada se ordena la devolución de todos los dineros y aportes realizados por la afiliada, incluidos los deducidos por gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y los descuentos del fondo de garantía de pensión mínima, además que por naturaleza en el Régimen de Ahorro Individual el rendimiento de los aportes es mucho mayor que los que se generan en el RPM, con lo que se lograría equiparar e incluso superar los aportes de este régimen.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, en la suma de \$500.000 por prosperar parcialmente el recurso de apelación.

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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ORDENAR** a 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, y dar por no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A.; de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, 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 justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo expresado en esta providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, en la suma de \$500.000 por prosperar parcialmente el recurso de apelación.

QUINTO: 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	: ELIZABETH RESTREPO VANEGAS
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2020-00386-01
RADICADO INTERNO	: 193-22
DECISIÓN	:REVOCA PARCIALMENTE, ORDENA, ADICIONA 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 26 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 26 de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO