

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**  
**Medellín, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)**

DEMANDANTE	: AGENOR MORA APARICIO
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-360-31-05-002-2020-00201-01
RADICADO INTERNO	: 130-21
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 172

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 los recursos 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 el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita se DECLARE ineficacia del traslado del RAIS y se ordene la inmersión en el RPM y que COLPENSIONES debe aceptar el traslado de régimen pensional, y que como consecuencia se CONDENE a PROTECCION S.A y a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones, bonos con los rendimientos que se hubieren causado y a COLPENSIONES a recibir todas las cotizaciones, con los rendimientos, y se CONDENE además a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez con las mesadas adicionales, los reajustes anuales,

el retroactivo desde el 22 de enero de 2018 y a los intereses moratorios. Y que en caso de que no se accede a la pretensión de pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES desde la fecha indicada solicita se condene A protección S.A y a PORVENIR S.A en calidad de indemnización de perjuicios a reconocer la prestación hasta que sea reconocida por Colpensiones, así como condenar a dichas entidades a la indemnización de perjuicios en la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes con la indexación y al pago de las costas

Como supuestos facticos manifestó que tiene 63 años y se afilió inicialmente a PENSIONES ANTIOQUIA en el lapso del 28 de octubre de 1981 al 05 de mayo de 1993, y con posterioridad se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 02 de julio de 1993 a los riesgos de IVM cotizando ininterrumpidamente hasta el año 1995. Que el 15 de julio de 1995 se trasladó a COLMENA la cual fue luego pensiones y cesantías Santander, luego ING y hoy PROTECCION en virtud a que un asesor le manifestó que debía afiliarse a dicho fondo porque el ISS desaparecería y en cambio en dicha AFP tendría asegurada su pensión, información esta que le fue ratificada al demandante por PORVENIR S.A el 30 de mayo de 2004 donde se le dijo que se debía mantener afiliado a dicho régimen. Que al momento del traslado los asesores no le dieron una debida información ni le advirtieron sobre las consecuencias negativas del traslado, ni se le hizo un cálculo o proyección de su mesada pensional. Que además en la historia laboral consolidada que expide PORVENIR S.A no se incluye el tiempo que laboró al servicio del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA cotizado a pensiones Antioquia entre el 28 de octubre de 1981 al 05 de mayo de 1993. Que además al momento de cumplir los 62 años ya cumplía con mas de 1.300 semanas.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 07 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la Ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A. efectuado por el señor AGENOR MORA APARICIO. DECLARO que el demandante, se encuentra válidamente afiliado en COLPENSIONES sin solución de continuidad. CONDENO a PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A. a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual y los respectivos rendimientos financieros a COLPENSIONES, así mismo las

cuotas de administración, el concepto de primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria durante la vigencia de la afiliación a cargo del patrimonio de las administradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, como lo dispone el art. 1746 del CC., teniendo en cuenta el tiempo que permaneció afiliado en cada una de las AFP. CONDENO a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante, y recibir el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP. CONDENO a COLPENSIONES, a reconocer y pagar al AGENOR MORA APARICIO la pensión de vejez en aplicación y bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, desde la fecha en que acredite la desafiliación al sistema o cese las cotizaciones, y ABSOLVIO de las restantes pretensiones. CONDENO en costas a las AFP del RAIS en la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas. No impuso costas a Colpensiones.

## **IMPUGNACIÓN**

**Al apoderado de Porvenir S.A** presenta alegatos de conclusión manifestando que no comparte la decisión de declarar la ineficacia y de condenar al traslado de los gastos de administración y de la condena en costas. Indica que en la parte motiva de la sentencia no se da claridad acerca de que tipo de error fue en el que se incurrió en la afiliación del demandante, si es un error sobre un punto de derecho, si es un error sobre el acto o sobre el objeto, sobre la calidad del objeto o sobre la calidad de la persona, precisando que en estos asuntos no puede haber un error cuando las partes no podían negociar por fuera de la norma. Que además no es claro que fue lo que se declaró en el proceso si fue la ineficacia, la nulidad relativa o inexistencia del traslado, pues un lado se asegura que hubo un error, por otro lado, se indica que el acto nunca existió, y que por otro lado se debe declarar la ineficacia en sentido estricto porque así lo dice la jurisprudencia de la CSJ. Invoca la sentencia C 345 de 2017, para decir que cuando se trata ineficacia, se trata en dos puntos, ineficacia en sentido amplio y en sentido estricto, y que partiendo de ello se debe remitir a las normas sobre el deber de información frente a las cuales indica que en ninguna parte el deber de información trae como consecuencia la ineficacia en sentido estricto, toda vez que esto lo trae de manera extensiva el artículo 271 de la ley 100/93, y en ninguna parte de dicho artículo se dice que el efecto sea

retrotraer las cosas a su estado original, resaltando que la consecuencia es dejar al afiliado libre para que pueda afiliarse al régimen que le parezca de forma libre y voluntaria. Que además según lo ha establecido la CSJ en sala de casación civil ha establecido que las ineficacias en sentido estricto deben establecerse según las normas propiamente y su efecto es lo que trae la norma, y solo se acude al 1746 cuando no existe taxativamente este efecto. y frente a los gastos de administración indica que no son objeto de restituciones y que pueden afectar el derecho de terceros como los seguros por lo que no debe ordenar la devolución de dichas sumas. Que además según el artículo 964 del C.C indica que el poseedor de buena fe no es obligado a restituir los frutos, por lo que no habría lugar trasladar dichas sumas por cuanto no quedo demostrada la mala fe, precisando además que en el RPM no se causan rendimientos financieros. Que los gastos de administración se descuentan en ambos regímenes y como no son destinados a financiar sobre ellos opera la prescripción. Por último, indica que no hay lugar a condena en costas a dicha entidad, siendo ilógico que a Colpensiones si se exonere en costas sabiendo que también fue vencido en el proceso.

**El apoderado de Protección S.A** interpone recurso de apelación manifestando que apela la sentencia en lo relacionado con la orden de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto se encuentran autorizados por ley, artículo 20 de la ley 100/93, y se realizo como contraprestación a una buena gestión realizada por la entidad evidenciado en los rendimientos obtenidos y que además no hay lugar a la devolución por ser valores ya causados durante la administración de los recursos, invocando la sentencia SL 31989 de 2008. Que además sobre dichos conceptos opera la prescripción por se prescripciones de tracto sucesivo, que ni siquiera financia la pensión de vejez, y el artículo 113 de la ley 100/93 no consagro el traslado de dichas sumas.

**La apoderada de Colpensiones** interpone recurso de apelación solicitado se modifique la sentencia por cuanto Colpensiones en el acto jurídico de afiliación no participó y por ende los efectos del acto jurídico no lo podrían afectar. Que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector a la seguridad jurídica que en el caso de Colpensiones se consolida por los 26 años que el demandante ha estado afiliado en el RAIS. Que obligar a Colpensiones a

recibir a una persona y luego le reconozca y una prestación donde la entidad no ha podido proyectar el pago de la misma considera que es un atentado contra la estabilidad financiera como se ha pronunciado la Corte Constitucional T 489 de 2010, donde dice que no se puede descapitalizar el fondo común del RAIS ni desfinanciar el sistema. Con base en lo anterior solicita se revoque la sentencia por cuanto se está imponiendo una obligación que no está llamada a soportar. Y en caso de confirmarse la sentencia indica que Colpensiones es un tercero de buena fe, y se ordene además el traslado del 16% de la cotización y los rendimientos y que en caso de que exista algún faltante sea la AFP del RAIS quien cubra dicha suma.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de la parte demandante** presenta alegatos de conclusión manifestando luego de una extensa argumentación, reiterando argumentos ya expuestos a lo largo del proceso en la demandada y alegatos de primera instancia que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia por no haberse cumplido con el deber de información a cargo de las AFP del RAIS.

**El apoderado de Porvenir** indica que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento, pues indica que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz.

Que además si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a esto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin

consideración a que esta norma propia indica que, será ineficaz un traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, y para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, también sin tener en cuenta los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato, y que en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que no se puede desconocer que la AFP, le garantizo el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte, y que por lo tanto en el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

Que además dicha entidad cumplió con sus obligaciones que para el momento de la afiliación se le exigía y cumplió con todas las obligaciones de asesoría e información vigentes para la fecha.

Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y

PORVENIR S.A, indicando en este sentido que tampoco es procedente la devolución de las cuotas de administración, sobre las cuales además afirma que opera la prescripción. Por lo anterior solicita sea revocada la sentencia.

**La apoderada de Colpensiones** presenta alegatos de conclusión manifestando que se ratifica en lo manifestado ante la Juez de primera instancia el pasado 13 de mayo de 2021 y por tanto reitera que COLPENSIONES en el acto jurídico de afiliación que se llevó a cabo entre el afiliado (el señor AGENOR MORA APARICIO) y los Fondos Privados demandados, no tuvo incidencia alguna, ya que no participo del mismo; por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no lo pueden perseguir, ni mucho menos afectar.

Que con la decisión de primera instancia se pueden afectar los intereses económicos de Colpensiones y el sistema de pensiones teniendo un impacto mas lesivo en el sistema económico de la entidad, por lo que solicita evaluar la proporcionalidad de la decisión adoptada en primera instancia y que en caso de confirmarse la sentencia se ordene a las codemandadas la devolución y reintegro de las siguientes sumas: recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, y que no sea condenada en costas a dicha entidad.

### **PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO**

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar los gastos de administración, los seguros previsionales, y si puede aplicarse la prescripción, y si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones. Así mismo en consulta a favor de Colpensiones deberá determinarse si los gastos de administración y seguros deben ser devueltos de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 22 de enero de 1956, (página 16), y que laboró al

servicio del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA según certificación de periodos de vinculación para bono pensional de folios 73 desde el 28 de octubre de 1981 al 05 de mayo de 1993, con cotizaciones a PENSIONES ANTIOQUIA, y se afilió al ISS desde el 02 de julio de 1993, donde estuvo hasta el 31 de diciembre de 1994, y que se afilió al RAIS a COLMENA S.A hoy PROTECCION desde el 15 de julio de 1995, (página 31 y 69 ).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se afilio a COLMENA en el año 1995 cuando estaba trabajando para una entidad particular y los llamaron a una reunión con esa entidad para hacerles esa afiliación. Que esa reunión era voluntaria y que en la misma le dijeron que el fondo del ISS se iba a acabar y que esa entidad les ofrecía una mejor pensión que el fondo publico y que en un momento dado podían retirar el ahorro de la pensión. Que adicional a esta reunión no tuvo más, que no tuvo la posibilidad de hacer preguntas porque confiaron en lo que les dijeron. Que los iban llamando de a dos a firmar el formulario. Que no leyó el formulario de afiliación. Que no le hablaron de la pensión anticipada ni de los aportes voluntarios.

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. En forma expresa se dijo:

*“...De manera que, conforme lo discurrido queda claro que **existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que***

- i) La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;*
- ii) No será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad;*
- iii) En los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. (...)”*

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 y 4811 de 2020, 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 COLMENA S.A hoy PROTECCION, 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 de Colpensiones, 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 genera que se haya violentado 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 tuvieron 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 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 COLMENA S.A hoy PROTECCION, aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral e historia laboral válida para bono, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS, **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 la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por el demandante.

## **2. De los efectos de la ineficacia**

- Frente a la devolución de rendimientos financieros conforme el artículo 1746 del Código Civil, se CONFIRMARÁ la orden de su traslado, teniendo en cuenta que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia dentro de ellas, en la sentencia 1421 de 2019, en donde rememora las sentencias SL 1795 de 2017, SL 4989 de 2018 y estas a su vez, la sentencia hito 31.989 de 2008, señala:

*“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.*

Así mismo debe precisarse que la obligación de la devolución a Colpensiones de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos financieros solo es una obligación radicada en PORVENIR S.A quien es la AFP en la cual se encuentra actualmente afiliado el accionante, pues PROTECCION S.A al momento del traslado a dicha entidad debió devolver dichas sumas. En razón de lo anterior se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que impuso a PROTECCION S.A la obligación de devolver a Colpensiones los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos pues como quedo anotado esta es una obligación exclusiva de PORVENIR S.A

Respecto a la devolución de la **cuotas o gastos de administración debidamente indexadas** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, y teniendo en cuenta que : 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, por ello, las restituciones mutuas se dan por efectos de la nulidad del contrato y no de la ineficacia 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte accionante en esta, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 cuando señala, que la ineficacia genera que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, y el Fondo de Pensiones debía devolver “los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”; 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.

Suma que debe ser debidamente indexada al momento del pago conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, en donde se rememoró la sentencia 31989 de 2008 en la cual se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora,.”*

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ADICIONADA en este punto en particular ORDENANDO a PORVENIR S.A y a PROTECCION S.A a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de

Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que el demandante realizó aportes a cada uno de dichos fondos, pero debidamente indexadas.

- Frente al porcentaje de garantía de pensión mínima, considera la Sala que **debe ser devuelto** a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades PROTECCIÓN S.A. pero a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, la primera de ellas, tuvo que trasladar dicho porcentaje a PORVENIR S.A, que es donde se encuentra afiliado actualmente, por lo tanto es que se MODIFICARA la sentencia, que impuso dicha obligación a ambas entidades, precisando que dicha obligación solo corre por cuenta de la sociedad PROTECCION S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

**3.** En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración y seguros, 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.

#### **4. Del reconocimiento de la pensión de vejez.**

Para el caso bajo estudio no existe discusión que el demandante AGENOR MORA APARICIO no es beneficiario del régimen de transición toda vez que, al haber nacido el 22 de enero de 1956, (página 16 del expediente digital), no contaba con más de 40 años de edad al primero de abril de 1994, así como tampoco tenía más de 15 años de servicios o cotizados para dicha fecha.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 22 de enero de 1956, (página 16), y que laboró al servicio del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA según certificación de periodos de vinculación para bono pensional de folios 73 desde el 28 de octubre de 1981 al 05 de mayo de 1993, con cotizaciones a PENSIONES

ANTIOQUIA, y se afilió al ISS desde el 02 de julio de 1993, donde estuvo hasta el 31 de diciembre de 1994, y que se afilió al RAIS a COLMENA S.A hoy PROTECCION desde el 15 de julio de 1995, (página 31 y 69 ).

Concordado con lo anterior se advierte que el demandante cumplió los 62 años de edad para el 22 de enero del año 2018, y según se observa de la historia laboral aportada al expediente a folios 32 y ss emitida por Porvenir que, tiene cotizados un total de 1.136 semanas cotizadas, las que sumadas a las laboradas al servicio del departamento de Antioquia según certificado valido para bono pensional de folios 73 donde consta que tiene un total de 592 semanas, tendría un total de 1.728 semanas, esto es, mas de las 1.300 exigidas por el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

En razón de lo anterior, el demandante cuenta con los requisitos exigidos por el artículo 33 de la ley 100 de 1993, al haber cumplido los 62 años de edad el **26 de enero de 2018**, fecha para la cual ya contaba con más de 1.300 semanas cotizadas.

Ahora, con respecto al disfrute de la pensión debe decirse que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas. En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la poción adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa.

Partiendo de lo descrito considera la Sala que la pensión de vejez deberá reconocer como se indicó en primera instancia a partir de que se acredite la novedad de retiro del sistema o cuando cesen las cotizaciones toda vez que, según lo aceptado por este en el interrogatorio de parte, a dicha fecha aún se

encontraba laborando y cotizando de forma activa al sistema general de pensiones.

La pensión debe ser reconocida en 13 mesadas al año al causarse el derecho después del 31 de julio de 2011 al tenor de lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005.

Con respecto a la mesada pensional y la liquidación del IBL se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia en cuanto a que el monto de la misma debe liquidarse de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, y el IBL de conformidad con lo regulado en el artículo 21 de dicha normativa, esto es, con el promedio de las cotizaciones realizadas en toda la vida o en los últimos diez años según sea más beneficioso para el demandante, debiéndose confirmar la sentencia en este sentido.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, PROTECCION S.A y COLPENSIONES en la suma de **\$908.526** para cada una de estas por no haber salido avante los recursos de apelación interpuestos.

### **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 emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, que impuso a PROTECCION S.A la obligación de devolver a Colpensiones los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos por ser una obligación exclusiva a cargo de PORVENIR S.A

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí en el entendido de que quien tiene la obligación de devolver lo deducido para el fondo de garantía de



pensión mínima es PORVENIR S.A. y no PROTECCION S.A, conforme lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí ORDENANDO a las AFP PORVENIR S.A y PROTECCION S.A a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que el demandante realizó aportes a cada uno de dichos fondos, pero debidamente indexadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí.

**CUARTO:** Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, PROTECCION S.A y COLPENSIONES en la suma de **\$908.526** para cada una de estas por no haber salido avante los recursos de apelación interpuestos.

Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la sentencia 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**



**SECRETARIA SALA LABORAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**

**EDICTO VIRTUAL**

La secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia

DEMANDANTE : AGENOR MORA APARICIO  
DEMANDADO : COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A  
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO  
RADICADO NACIONAL : 05-360-31-05-002-2020-00201-01  
RADICADO INTERNO : 130-21  
DECISIÓN : REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA


Magistrado Ponente  
**HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ**

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**

*Fijado hoy lunes 26 de julio de 2021 a las 8:00 Am  
2021 a la 5:00 Pm*

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

*Desfijado hoy lunes 26 de julio de*

  
**RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO