

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, siete (07) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: DORIS ROCÍO QUINTERO SOTO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-009-2021-00005-01
RADICADO INTERNO	: 241-21
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 273

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 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.

De conformidad con la sustitución del poder que se allega al correo electrónico, por parte del Dr. SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, se reconoce personería jurídica para representar los intereses de Colpensiones, a la Dra. ANA MARÍA NÚÑEZ OCHOA, por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del trasladado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, declarando que siempre ha estado válidamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, se CONDENE a PROTECCIÓN S.A. a devolver al Régimen de Prima Media todos los valores

que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como lo son, rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos. Se condene a Colpensiones a validar los aportes en pensiones, trasladados por PROTECCIÓN S.A. y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado. Y se condene en costas a las demandadas.

Como supuestos facticos con los que sustenta sus pretensiones, narra que fue trasladado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 1º de junio de 2001; pese a suscribir contrato de traslado al Régimen de Ahorro Individual, se omitió la obligación del buen consejo por parte del Régimen de Ahorro Individual, al no brindar la información de su pensión y la aceptación del posible traslado; el 30 de noviembre de 2020, le solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado, recibiendo respuesta automática del 2 de diciembre de la misma anualidad, negando la solicitud.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 25 de agosto de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual materializado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., y consecuencialmente para efectos pensionales se tiene que siempre estuvo vinculada al primero de los regímenes enunciados. Le ORDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A., que una vez alcance ejecutoria la presente providencia, traslade a Colpensiones los dineros recibidos con motivo del traslado de la demandante a esa entidad, por el periodo en que permaneció afiliada a la misma, cuya devolución incluye: lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima y las cuotas de seguros previsionales con los respectivos rendimientos. Le ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. (sic), que una vez alcance ejecutoria la presente providencia, acepte el retorno a esa entidad de la demandante, sin solución de continuidad y recibir los mencionados recursos para que vayan al fondo común que administra, sirvan al financiamiento pensional y su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral de la asegurada. CONDENÓ en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A.; sin costas a cargo de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, solicitando la revocatoria parcial de la sentencia, **en primer lugar**, bajo el argumento, que el A Quo desconoció y no le dio valor probatorio a las pruebas documentales y al interrogatorio de parte absuelto de la actor, porque en este caso, la sociedad PROTECCIÓN S.A. allegó una documentación adicional, que ilustra en forma detallada cuál fue la asesoría y la proyección pensional que se le brindó a la demandante, sin que ellos fuera un elemento suficiente para el A Quo para demostrar el deber de información y asesoría brindada por PROTECCIÓN S.A., cuestionándose el apelante, qué es lo que se requiere como medio de prueba para determinar el cumplimiento de deber de información.

En segundo lugar, en lo que respecta a la orden de devolver de los dineros descontados del aporte a pensión obligatoria de la demandante, por conceptos de gastos de administración y los valores de la prima de aseguramiento,

En segundo lugar, frente a la obligación de trasladar los dineros descontados pro concepto de gastos de administración y seguro previsional, sostiene el legislados facultó por mandato legal a las administradoras de pensiones, para que descontaran estos dineros, por el principio de compensación de estos afiliados frente a las administradoras, por la gestión de administración financiera y previsoras que los últimos adelantan; este descuento es realizado por las administradoras del sector privado y del sector público, y el descuento del 3% sobre el valor de la cotización, se destina un valor adicional a la aseguradora, y los fondos de pensiones de ambos regímenes pensionales, no tienen la facultad de desconocer el mandato constitucional y legal, por lo tanto, PROTECCIÓN S.A. no está facultado para decidir si cobra o no, los gastos de administración de la demandante.

Advierte el apoderado que el A Quo pretende sustentar su decisión, argumentando la utilización de una ficción a efectos de dejar sin efectos el acto jurídico celebrado entre las partes, a fin de facultarla para que pueda retornar al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, sin embargo no es congruente la decisión, toda vez que se condena a PROTECCIÓN S.A. a devolver los rendimientos financieros, los cuales son inherentes a la Régimen de Ahorro Individual y no tiene sustento diferente, que la relación contractual entre las partes y las actividades delegadas por la accionada para efectos de generar dichos rendimientos, frente a los cuales no reposa prueba que den cuenta que la demandante haya adelantado alguna gestión por mérito propio para haberlos causado. Manifiesta que esta condena va en contravía de las

disposiciones normativas y constitucionales del servicio público administrado por PROTECCIÓN S.A. de la seguridad social y se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a cargo de la accionante.

Así mismo, argumenta que el art 1746 del Código Civil, no enmarca dentro de los efectos taxativos de la ineficacia o declaratoria de nulidad. Si lo pretendido por el A Quo, es la aplicación de esos efectos, la tesis que se debería aplicar es que, no hubo vínculo contractual entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., que PROTECCIÓN S.A. no administró los aportes de pensión obligatoria de la demandante, por ende, no hubo un cobro de una cuota de administración por parte de PROTECCIÓN S.A. y no se debió haber generado ni causado a favor de la demandante los rendimientos financieros. Sin embargo, como sí se materializaron unas consecuencias jurídicas del acto celebrado, materializado en esos rendimientos financieros, solicita se absuelva a PROTECCIÓN S.A. de realizar la devolución de los dineros descontados por concepto de gastos de administración por tratarse de la compensación del afiliado hacia PROTECCIÓN S.A., por los rendimientos financieros generados.

En caso de mantenerse avante la condena de primera instancia, solicita subsidiariamente se absuelva a PROTECCIÓN S.A. de efectuar la devolución de los dineros que actualmente se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de rendimientos financieros o en su defecto, con cargo a esos rendimientos financieros causados por PROTECCIÓN S.A. se permita descontar a dicha administradora los dineros que se cobraron en su momento por gastos de administración para que esta condena no vaya en contravía del orden constitucional y legal y no se constituya en una condena en perjuicios a cargo de PROTECCIÓN S.A., porque ello no se solicitó en la demanda y no se discutieron las causales de responsabilidad.

Y respecto a los gastos de aseguramiento o la prima del seguro previsional, no hay lugar a la devolución porque la misma fue girada mes a mes a una aseguradora para el cubrimiento del siniestro de sobrevivencia o invalidez; PROTECCIÓN S.A. está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a Colpensiones; la aseguradora es un tercero de buena fe, invocando como sustento la sentencia SL 2324 de 2019 M.P. Ana María Muñoz.

En caso de confirmar la condena a PROTECCIÓN S.A. para asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos de comisión de administración

y la prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se estaría en presencia de una condena en perjuicio contra el patrimonio de PROTECCIÓN S.A., que tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil, pero que en este caso no fue objeto de prueba ni se acreditaron los mismos.

Finalmente, considera que le fenómeno de la prescripción opera frente a la comisión de administración y las primas de seguro previsional, por tratarse de descuentos realizados con la periodicidad que impone la ley y no financian directamente la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones argumenta que su representada no tuvo injerencia en el traslado realizado la parte actora al RAIS el 1º de junio de 2001, el cual fue realizado en forma voluntaria por la parte demandante conforme a lo estipulado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, siendo responsabilidad de las entidades codemandadas cumplir con los deberes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, del Decreto 663 de 1993, de la Ley 100 y con lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Se opone a la imposibilidad del traslado de todos los conceptos, incluidas las cuotas de administración invocadas en el recurso de apelación presentado por PROTECCIÓN S.A., porque de no ordenarse su traslado, se presentaría un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en desmedro de Colpensiones, lo anterior lo sustenta con las sentencias SL 17595 de 2017, 31989 de 2008, SL 4989 de 2018, SL 1688 de 2019, donde estas últimas reiteran la obligación de los fondos privados de devolver a Colpensiones no solo los aportes con sus rendimientos, sino también, las sumas correspondientes a gastos de administración

Solicita se ordene no solo la devolución de todas las sumas y conceptos, incluyendo todos los gastos de administración, sino que los mismos estén debidamente indexados para evitar un perjuicio a su representada. Y en caso de ser confirmada la sentencia se ordene no solo la devolución de los aportes con sus rendimientos, frutos e intereses, sino también las cuotas de administración en su integridad, primas de aseguramiento y porcentajes destinados a garantía de la pensión mínima, debidamente indexadas.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en **apelación**: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si la sociedad PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, las cuotas de administración y los seguros previsionales ordenados en primera instancia; si operó el fenómeno de la prescripción de las cuotas de administración y los seguros previsionales.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la prima de reaseguros de Fogafín; ii) Si hay lugar a ordenar la devolución de las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, las cuales se componen por: la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ambas debidamente indexadas.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 6 de julio de 1970 (fl. 6 del expediente digital 03); cotizó al ISS desde el 1º de febrero de 1996 al 30 de abril de 2001 (fl. 13 a 16 de la contestación de la demanda); y solicitó traslado a PROTECCIÓN S.A. el 16 de abril de 2001, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de junio de la misma anualidad (fl. 61 a 63 del expediente digital 12).

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 ella había iniciado su vida laboral e inicialmente se había afiliado al ISS y posteriormente se generó el tema de las diferentes entidades de pensiones y se dio una oferta a los empleados de la empresa donde laboraba y les generaron muchas expectativas, les ofrecieron muchas posibilidades de pensionarse con mejores oportunidades que en el ISS, les dijeron que el ISS desaparecería por lo que la pensión se iba a perder y con esos dos aspectos optó por trasladarse a PROTECCIÓN S.A.; le dijeron que PROTECCIÓN S.A. se encargaba de solicitar al ISS que reintegrara las semanas cotizadas o el valor que se había cotizado a Colpensiones y que esas semanas quedaban incrementadas en su tiempo de pensión y no se iban a perder; con la suscripción del formulario de afiliación no le dijeron que iba a tener una cuenta de ahorro individual, le dijeron que ella tenía ahí su pensión y por aparte le dijeron que si quería podía tener una cuenta donde podía ahorrar aparte de la pensión; le dijeron que se iba a pensionar con el salario promedio de los últimos 10 años laborales. No recuerda que en el mismo momento que

diligenció el formulario de vinculación ella haya firmado otra carta ni haber leído otro documento; a ella el asesor de PROTECCIÓN S.A. no le hizo una proyección de la edad estimada de pensión y los valores aproximados que tendría en ambos regímenes, porque lo que hicieron fue una reunión al equipo de trabajo conjunto y les explicaron las bondades y la posibilidad de una mejor pensión, y le decían que se podía pensionar más joven de lo que se pensionaría en el ISS. No recuerda haber recibido información sobre el bono pensional. Luego de escuchar la información y decidir hacer la vinculación a PROTECCIÓN S.A., fue la empresa quien hizo esa vinculación y no ella como empleada. Antes del traslado a PROTECCIÓN S.A. realizado en el 2001 sabía que los requisitos para obtener una pensión en el ISS era estar trabajando, pagando mensualmente su fondo de pensión, que cumpliera 57 años. Le dijeron que se podía pensionar a los menores de edad que dependieran de ella, el esposo o compañero permanente y se les reintegrara a los familiares en caso que no hubiera un beneficiario directo. Jamás le hablaron de rendimientos y en ocasiones en los extractos llegan rendimientos negativos; conoce de los rendimientos posteriormente y cuando empieza a solicitar información le dice que la pensión no va a ser sobre el salario que ella devenga ni sobre el promedio de los últimos 10 años, sino que va a ser una pensión inferior del salario mínimo legal. El formulario de vinculación no lo suscribió obligada, sino que le dieron información que no era real. Al momento del traslado no era contadora pública.

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

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

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

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

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCIÓN S.A., 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 vulnera el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PROTECCIÓN S.A. aporte historia laboral, reporte estado de cuenta, resumen historia laboral, historial de vinculaciones, formulario de afiliación, certificado de existencia y representación, concepto 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, comunicados de prensa y documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales” (fls. 30 a 77 del expediente digital 12), 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 en lo que respecta al documento anexo a la contestación de la demanda, visible a fl 64 del expediente digital 12, por medio del cual: 1º) Se acepta haber sido informada por el ejecutivo comercial de PROTECCIÓN S.A., 2º) Acepta tener claridad sobre su situación actual, 3º) Señaló que se encontraba en una vinculación posterior al 30 de junio de 1992; 4º) Manifestó que deseaba estar afiliada a PROTECCIÓN S.A. y suministró los datos básicos, el salario y valor del bono; 5º) Aparece el valor de la pensión en el régimen anterior y en PROTECCIÓN S.A.. Lo cierto es que, con dicho documento no se logra demostrar cuál fue la información realmente brindada a la demandante al momento del traslado, mas aún cuando en el interrogatorio de parte, la hoy demandante manifestó no haber recibido información sobre bono pensional, ni haber tenido la oportunidad de conocer la proyección pensional porque se trató de una reunión grupal en la que solo le habían hablado de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual, y aunado a lo anterior, cuando se le preguntó si ella había suministrado la información para diligenciar el formulario, aseguró que la misma fue entregada por el empleador, lo cual es totalmente coherente, toda vez que ella no tenía la posibilidad de conocer a cuanto ascendía el valor de su bono pensional, y tan es así que la demandante dijo que no recuerda que le hayan hablado de dicho concepto en la asesoría recibida y por si fuera poco, la demandante no recuerda haber firmado documento diferente al formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A..

En este sentido, en documento de la referencia no cuenta con la información que se le suministró al momento del traslado de régimen pensional, y por

medio de la cual se logre determinar en forma concreta y específica, cuál fue la información suministrada al momento de tomar la decisión de trasladarse.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, y la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar a Colpensiones, por el periodo en que permaneció afiliada a la misma, lo acumulado en la cuenta de ahorro individual y los aportes para garantía de pensión mínima.

2. De los efectos de la ineficacia

- Frente a la devolución de los **rendimientos financieros**, se CONFIRMARÁ la orden de su traslado, teniendo en cuenta que los efectos de la ineficacia del traslado es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban, y en este sentido, la línea jurisprudencial del órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, 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, señaló:

*“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.

Y recientemente en la sentencia SL 2207 de 2021, se justificó el traslado de este concepto así:

“Ahora, una vez declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de

entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

*Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.***”

- Frente a la devolución de las **cuotas de administración debidamente indexados**, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver “*los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales*”; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Pero si ello no fuera suficiente, sentencia SL 2877 de 2020, la Corte Suprema de Justicia en forma expresa advirtió respecto a las restituciones mutuas:

*“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.***

(...)

*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.”*
(Resalto de la Sala)

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

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

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

- En lo que respecta a **las sumas adicionales de la aseguradora**, las cuales se componen por: 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)”

Como consecuencia de lo anterior, se CONFIRMARÁ la orden de trasladar las cuotas de administración y los seguros previsionales ordenados en primera instancia, y se ADICIONARÁ la sentencia, en el sentido de ORDENARLE a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a realizar el traslado la prima de reaseguros de Fogafín.

Así mismo se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, las cuales se componen por: la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ambas debidamente indexadas.

3. Frente a la prescripción de cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de PROTECCIÓN S.A., por no haber salido avante los recursos de apelación interpuesto.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENARLE** a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de la prima de reaseguros de Fogafín, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, las cuales se componen por: la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ambas debidamente indexadas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín.

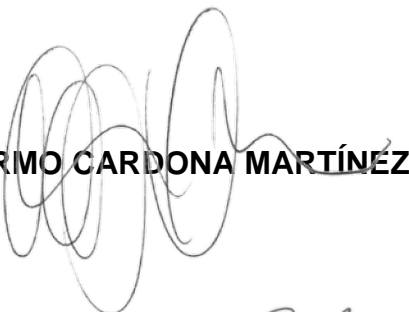
CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., en la suma de \$908.526, por no salir avante el recurso interpuesto.

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



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	: DORIS ROCÍO QUINTERO SOTO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-009-2021-00005-01
RADICADO INTERNO	: 241-21
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 08 de octubre de 2021 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 08 de octubre de 2021 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO