

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: NEREIDA SOFÍA POSADA POSADA
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2020-00432-01
RADICADO INTERNO	: 337-22
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 371

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 como **pretensiones principales**, se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A y en consecuencia, dicha afiliación o traslado, queden sin efecto, por carecer de validez por existir vicio en el consentimiento y afectar los derechos mínimos y garantías de la demandante; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante a Colpensiones; que la demandante no obtuvo asesoría inicial, ni reasesoría clara y correcta con anterioridad al cumplimiento de los 47 años de edad, en aras de optar por el traslado de régimen y regresara al ISS, lo que hizo que perdiera la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media, previo análisis y ponderación de los potenciales riesgos y beneficios en cada uno de los regímenes; se declare que tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media, porque la entidad accionada no le brindó

asesoría clara y concreta al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

Se CONDENE a PROTECCIÓN S.A a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes que la demandante efectuó al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración.

Se CONDENE a Colpensiones a reactivar la afiliación de la accionante, al Régimen de Prima Media y recibir los aportes que sean trasladados por PROTECCIÓN S.A.; se condene al reconocimiento de la pensión de vejez, si al momento de ser proferida la sentencia, acredita los requisitos para acceder a la prestación, ello es, el 15 de abril de 2023; al pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación de la condena; se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Como **pretensiones subsidiarias**, solicita se declare que PROTECCIÓN S.A, no le brindó a la demandante asesoría y buen consejo al momento del traslado de régimen previo análisis y ponderación de los potenciales riesgos y beneficios en cada uno de los regímenes; que PROTECCIÓN S.A debe reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que esta hubiese recibido si estuviera en el régimen de prima media.

Se CONDENE que a PROTECCIÓN S.A. debe reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que esta hubiese recibido si estuviera en el régimen de prima media; se condene a PROTECCIÓN S.A. a pagar a favor de la demandante los intereses de mora o la indexación de las condenas; y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Como fundamento fáctico de las pretensiones indicó que, nació el 15 de abril de 1966; se afilió al ISS e hizo aportes desde mayo de 1988 a agosto de 2000, para un total de 614.29 semanas; se trasladó a PROTECCIÓN S.A el 17 de julio de 2000 donde ha cotizado un total de 1.028,57 semanas; la demandante cuenta con un total de 1.642 semanas cotizadas en toda su vida laboral; al momento del traslado, la accionada PROTECCIÓN SA no le brindó asesoría clara y correcta, ni antes de cumplir 47 años de edad; PROTECCIÓN S.A, en la simulación pensional realizada el 8 de septiembre de 2020, indicó que la

demandante a los 57 años obtendría una pensión de garantía de pensión mínima; la sociedad PROTECCIÓN S.A en comunicados del 3 y 8 de septiembre de 2020, le informó que no se podía anular la afiliación y que la asesoría de traslado de la demandante se orientó con el marco legal.

La demandante elevó reclamación administrativa a Colpensiones el 2 de septiembre de 2020, solicitando tener como ineficaz y/o nula la afiliación realizada al RAIS, solicitud que fue negada. Sostiene que al calcular la mesada pensional que recibiría la demandante en Colpensiones, teniendo en cuenta como IBL de los últimos de toda la vida de \$2.840.232 y una tasa de reemplazo del 77.64%, generaría una mesada pensional de \$2.205.156.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

Colpensiones dio respuesta manifestando que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante; la afiliación al ISS; la reclamación elevada a Colpensiones y la respuesta dada por la entidad. Considera que la afirmación relativa al cálculo de la mesada pensional no es un hecho sino una apreciación subjetiva. Sostiene que no le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 07).

PROTECCIÓN S.A al contestar la demanda informó que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado realizado a PROTECCIÓN S.A y las cotizaciones realizadas a dicho fondo de pensiones, pero aclara que a la fecha acredita un total de 1071.43 semanas cotizadas en el RAIS y que a la fecha de la contestación de la demanda acredita un total de 1685.72 semanas; acepta como cierta la simulación pensional realizada; la respuesta dada por PROTECCIÓN S.A en comunicaciones del 3 y 8 de septiembre de 2020. No le consta la afiliación al ISS ni el lugar de trabajo de la demandante al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual. Señala que no es cierto lo relativo a la falta de información por parte de su representada. Y que no le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 08).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 26 de octubre de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante y que realizó del Régimen de Prima Media por medio de la sociedad PROTECCIÓN S.A el 1º de julio de 2000, en consecuencia, queda incólume su afiliación inicial

en el Régimen de Prima Media que actualmente administra Colpensiones y entendiéndose que estuvo allí afiliada en este régimen, de manera permanente y sin solución de continuidad.

Le ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A para que proceda a la devolución o retorno a Colpensiones, de todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como, aportes, rendimientos en su totalidad. Las primas de seguro previsional y pagos de seguro aportes para la garantía de pensión mínima y gastos y comisiones de administración, retornaran a Colpensiones debidamente indexados sin descontar valor alguno y con cargo al propio patrimonio de la entidad PROTECCIÓN S.A. Serán recibidos por Colpensiones dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión a satisfacción y equivalencia. Esta devolución debe contener toda la información detallada en cifra, valores y lo demás relevante para el caso. Esta devolución involucra todo lo aportado mientras fungía con otro nombre o razón social y por todos los periodos de afiliación de la demandante.

CONDENÓ a Colpensiones para que reciba y acepte esta ineficacia y de continuidad de la afiliación de la demandante; reciba los valores de la cuenta de ahorro individual y del RAIS proveniente de la sociedad PROTECCIÓN S.A, durante todos los periodos de afiliación, procesa a reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media, actualice el histórico laboral de aportes, incluyendo los aportes procedentes del RAIS y brinde todas las garantías de la afiliación en el Régimen de Prima Media.

DECLARÓ que la demandante no cumple el requisito de la edad para efecto del reconocimiento pensional por parte de Colpensiones. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. No condenó en costas ni a favor ni en contra de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Colpensiones apela la sentencia de primera instancia, señalando que no es posible la declaratoria de la ineficacia por considerar que el acto de afiliación cumplió los requisitos de forma y fondo para que fueran válido; el traslado se dio en debida forma, por lo tanto, tiene plena validez; los vicios del consentimiento y la falta de información alegada por la parte demandante, no fue probada por lo que no se puede invalidar el acto jurídico.

Hay imposibilidad de trasladar a la demandante dado que esta nació el 15 de abril de 1966, y a la presentación de la demanda contaba con 54 años de edad, conforme lo establece el art. 2º de la Ley 797 de 2003; se acredita en el debate probatorio que la AFP dio cumplimiento al deber de información que correspondía en su momento y se prueba el conocimiento y consentimiento de la demandante del traslado, si bien existe una intervención de asesoría de la AFP demandada, que podría generar un vicio en el traslado, ello se debe de demostrar y más cuando se trata del traslado de una afiliada ad portas de adquirir el estatus de pensionada.

En el interrogatorio absuelto por la demandante resaltó que su motivación de traslado se da por un interés económico, lo cual refuta, porque el no cumplimiento de la expectativa de la mesada pensional no implica el incumplimiento de los deberes de la AFP; invoca la sentencia T 122 de 2017 aduciendo que no se pueden tener a los demandantes como parte débil; y se debe tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante señala en sus alegatos, que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo que ante la falta de esta asesoría, no puede hablarse de un traslado de forma libre y voluntaria, lo que acarrea que sea ineficaz, como lo señala el artículo 13 y 271 de la ley 100 de 1993. Manifiesta que la Corte Suprema de Justicia, ya se ha pronunciado al respeto como lo es en la sentencia 46292 de 2014, siendo reiterado el criterio del deber de información en diferentes sentencias, indicando además que este se encuentra en cabeza de los fondos privados, independientemente si es beneficiario del régimen de transición, sin poderse concluir que con la firma de los afiliados en el formulario se está cumpliendo el deber de información. Por lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial, solicita que se confirme la sentencia.

La apoderada de Colpensiones en sus alegatos expresa que se debe revocar la sentencia de primera instancia, ya que se presenta una imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador de conformidad

con el art. 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del art. 13 de la ley 100 de 1993, estableciéndose que no se podía trasladar el afiliado que le faltare menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Indica que la figura de la ineficacia fue creada solo para las personas realmente afectadas, y que la demandante pretende convertirla en la salida de la decisión que tomó en su momento al no considerarla acertada patrimonialmente, pretendiendo sanearla con este proceso, y su único interés recae sobre la parte económica, lo cual no es fundamento legal para que se concedan las pretensiones. Señala que los vicios del consentimiento consagrados en el artículo 1502 del Código Civil, como lo son el error, la fuerza y el dolo, deben ser probados, y en el caso en concreto el engaño invocado no fue válidamente acreditado, ni con el soporte documental como tampoco con el interrogatorio, por lo que la mera afirmación de la parte actora no puede ser tomada como cierta, ya que ésta desconoce lo que realmente sucedió debido a que han pasado muchos años. Manifiesta que fallarse en forma favorable es arbitrario y va en contra de principios legales y constitucionales como lo es la seguridad social y el debido proceso, debiéndose presumir siempre la buena fe de las partes. Expresa que la parte demandante es una persona capaz, suscribiendo el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, y que el desconocimiento de la ley no excluye de responsabilidad.

En caso de ser confirmada la sentencia, solicita se ordene a PROTECCIÓN S.A., retornar a satisfacción y equivalencia de COLPENSIONES, todas las sumas de dinero con ocasión del traslado del demandante, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros, así como las cuotas de administración, los gastos o pagos de seguros y reaseguros y los pagos destinados a la conformación de la pensión de garantía mínima, y estos conceptos debidamente indexados, dentro de un término judicial de 30 días, y en caso de existir diferencias al momento en que Colpensiones valide la historia laboral de la demandante, sea la AFP codemandada, PROTECCIÓN S.A., quien asuma los montos faltantes de su propio patrimonio si es el caso, teniendo en respaldo en la sentencias expedidas por la Corte Constitucional como son las C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013. Se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que se puede poner en peligro la seguridad social de los demás afiliados, por lo que cita las sentencias SL1421, SL1452 y SL1688 de 2019, sin que se pueda imponer cargas adicionales a Colpensiones.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá determinar: i) Si hay lugar a condenar a PROTECCIÓN S.A a trasladar los gastos de administración constituidos por “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 más de 35 años de edad al haber nacido el 15 de abril de 1966 (fl. 11 del expediente digital 04); cotizó al ISS del 24 de mayo de 1988 al 31 de agosto de 2000 (fls. 56 a 58 del expediente digital 07); solicitó traslado a la sociedad PROTECCIÓN S.A el 17 de julio de 2000 (fl. 12 del expediente digital 04).

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 para ese momento cotizaba a PROTECCIÓN S.A; no ha solicitado pensión de vejez a la accionada PROTECCIÓN S.A; informó que su afiliación a PROTECCIÓN S.A se dio porque en una visita que les hicieron en el año 2000; le dijeron que el ISS se iba a terminar y los fondos se tenían que trasladar a otra parte, que PROTECCIÓN S.A era un fondo muy bueno; no le hablaron de la pensión anticipada, ni de rendimientos; su traslado a PROTECCIÓN S.A se dio por desconocimiento porque el ISS se estaba terminando e inició Colpensiones y había incertidumbre en qué debía hacer; no fue obligada a firmar el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A; la asesoría fue grupal y su duración fue de 10 a 15 minutos, a ella asistieron aproximadamente 20 personas; su motivación para retornar a Colpensiones es por la plata y mejorar su calidad de vida porque con el salario mínimo no vive; no recibió información escrita del asesor de PROTECCIÓN S.A.; leyó el formulario de afiliación.

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 Régimen de Ahorro Individual, 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; formulario de reasesoría pensional; historial de vinculaciones del SIAFP; reporte de estado de cuenta; historia laboral; documento denominado “Políticas de Asesorar para vincular personas naturales”; concepto de la Superintendencia Financiera del 29 de diciembre de 2015; comunicados de prensa (expediente digital 08), 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 la ineficacia del traslado de la demandante a la sociedad PROTECCIÓN S.A y la ORDENÓ dada a PROTECCIÓN S.A para trasladar a Colpensiones, todas las sumas que recibió con ocasión del traslado, tales como, aportes, rendimientos en su totalidad, las primas de seguro previsional y pagos de seguro aportes para la garantía de pensión mínima y gastos y comisiones de administración, debidamente indexados sin descontar valor alguno y con cargo al propio patrimonio de la entidad PROTECCIÓN S.A.

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 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

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).”

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:

- ADICIONAR la sentencia ORDENARLE a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones en la suma de \$1.000.000 por no prosperar 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: ADICIONAR la sentencia **ORDENÁNDOLE** a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Sin firma por ausencia justificada

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	: NEREIDA SOFÍA POSADA POSADA
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2020-00432-01
RADICADO INTERNO	: 337-22
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 16 de diciembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 16 de diciembre de 2022 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO