

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: JOSÉ DAVID ÁLZATE ZAPATA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-012-2022-00276-01
RADICADO INTERNO	: 047-23
DECISIÓN	: ACLARA Y CONFIRMA SENTENCIA.
ACTA NÚMERO	: 096

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 grado de consulta, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE que PROTECCIÓN SA no cumplió con sus deberes de información y asesoramiento previo a su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia, se DECLARE la ineficacia del traslado de régimen pensional y que la afiliación de este al régimen de prima media con prestación definida ha sido sin solución de continuidad, y se ORDENE a Protección S.A a trasladar a Colpensiones todos los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual, tales como la rentabilidad, el valor del Bono pensional si fue trasladado, lo descontado para comisión de administración, los seguros previsionales y el aporte al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y se ORDENE a Colpensiones

aceptar el regreso automático al régimen de prima media, y se reciba y valide los aportes que traslade PROTECCIÓN SA, y se ordene a Protección que en caso de que Colpensiones no acepte el traslado aduciendo que la suma de dinero trasladada es inferior a la que se debería trasladar, dicha diferencia sea pagada por Protección y se condene a las demandadas a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN SA el 19 de diciembre de 1996, y en el cual aparece como su primera cotización para el mes de enero de 1997 dándose de esta forma el traslado de régimen pensional, que el asesor de Protección previo al momento del traslado no suministró una información completa, comprensible, adecuada, oportuna, suficiente y verás, respecto a las consecuencias adversas del traslado pues de ser así este nunca se hubiera trasladado por lo que indica que no tuvo un consentimiento informado previo a su afiliación a dicha entidad.

Que el 10 de noviembre del 2014 firmó un documento denominado reasesoría pensional de PROTECCIÓN SA y que en dicho documento no aparece que haya recibido algún tipo de información donde no consta haber recibido información de si le convenía quedarse o trasladarse del régimen de ahorro individual, y donde no aparece una fecha límite de un eventual traslado. Que el 20 de abril de 2022 envió derecho de petición a Protección solicitando información acerca de su traslado de régimen pensional recibiendo respuesta el 12 de mayo del 2022 donde se le indicó que no existía prueba documental de la asesoría brindada, y el 24 de junio del 2022 presentó solicitud de traslado a Colpensiones la cual tuvo respuesta negativa.

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta dio respuesta manifestando que acepta la afiliación a dicha entidad, la reasesoria brindada al demandante, la petición por este presentada y la respuesta dada a la misma, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o

ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad acepta la reclamación presentada ante la misma y la respuesta negativa, y no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe, improcedencia de la condena en costas, compensación.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 13 de febrero de 2023, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor JOSÉ DAVID ÁLZATE ZAPATA, al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marco de la afiliación adelantada por la AFP PROTECCIÓN S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el RPMCD dirigido por COLPENSIONES.

CONDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A, a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros del señor JOSÉ DAVID ÁLZATE ZAPATA, de igual modo a trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos

valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

ORDENÓ a COLPENSIONES, reactivar la afiliación del señor JOSÉ DAVID ÁLZATE ZAPATA al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por la AFP PROTECCIÓN S.A., se refleje en su historia laboral.

DECLARÓ infundadas las excepciones de prescripción, pago y compensación, y CONDENÓ en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$1.1600.000. No condenó en costas a Colpensiones.

CONSULTA

El proceso fue remitido a esta Corporación en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y ss.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial del demandante, inicia presentado sus alegatos de conclusión donde inicia recalcando que el deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, existe desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del decreto 663 del 93, en armonía con el artículo 13, literal b de la ley 100 del 93, deber que ha sido igualmente establecido en la jurisprudencia del CSJ, SCL(CSJ: SL1452-2019, SL688-2019, SL689-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL 4806-2020 y SL373-2021).

Menciona que la a quo, concluyo que dentro del expediente no existía un solo elemento de convicción que demostrara que la AFP Protección, cumplió con el deber de informar previo al traslado de régimen pensionales del accionante,

esta entidad no demostró que le brindo información transparente, completa, detallada y oportuna sobre las características de ambos regímenes pensionales, I informo y explico las modalidades pensionales del RAIS, no demostró que le informo y explico sobre el monto de dinero que debía acumular en su cuenta pensional para pensionarse anticipadamente, tampoco probó que le haya informado y explicado que el valor de su mesada pensional estaba sometida al vaivén del mercado y tampoco demostró que le haya explicado sobre las consecuencias de la venta anticipada del bono pensional en el hipotético caso de decidir pensionarse anticipadamente.

Frente al interrogatorio de parte del demandante, expresa que la a quo indico que el mismo no alcanzo el fin perseguido que era demostrar que Protección, cumplió con el deber de informar al momento del traslado del régimen pensional y frente al cumplimiento del deber de informar indico la a quo la firma del formulario de afiliación no libra a Protección de demostrar el incumplimiento del deber de información que implica haber brindado una asesoría completa, objetiva y comparada entre los distintos regímenes pensionales y explicar las consecuencias del traslado de régimen pensional, también indica acertadas las consideraciones de la a quo frente a este tema pues las leyendas o afirmaciones que aparecen pre impresos e los formularios de afiliación a las AFP del RAIS como es : “ la afiliación se hace libre y voluntaria” “ la afiliación se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no prueban el cumplimiento del deber de información, así se ha resuelto en sentencias del CSJ: SL 4964-201-SL2136-20147-SL9447-2017, entre otras.

Sobre la suscripción del formulario de Reasesoria, indica que la a quo se apoyó en la sólida línea jurisprudencial que sobre el tema tiene establecido la CSJ, entre otras sentencias SL-1699-2019 y SI-1689-2019, providencias que se concluye que la asesora no puede convalidar /sanear la ineficacia generada por la falta de un consentimiento informado al momento del traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta tesis es la que prevalece en esta corporación y en la que se reitera que el cumplimiento del deber de información se analiza e al momento en que se da el traslado inicial del régimen pensional y no en otras oportunidades.

Por ultimo recalca que la a quo acertadamente decidió ordenar a Protección a trasladar con destino a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros del demandante, de igual modo ordeno que debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con caro a sus propios recursos, tal y como lo ordena el artículo 1746 CC.

El apoderado judicial de Colpensiones, inicia manifestando en sus alegatos que el señor José David Álzate Zapata, fue trasladada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrada por Colpensiones, a Protección el día 19 de diciembre de 1996, pese a que suscribió voluntariamente el contrato, manifiesta que se omitió la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios y desventajas como consecuencia del traslado, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito, con Protección, y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen, alegados por la demandante, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial con todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción. Adicionalmente, no puede perderse de vista que la eventual afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende de la decisión favorable que previamente obtenga el accionante por parte de un Juez de la República, respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías correspondiente.

Así mismo, menciona que conforme lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de un año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Recalca que teniendo en cuenta que, a la fecha de la admisión de la demanda, el demandante contaba con 59 años, en consideración a que nació el, deviene entonces la

imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada en líneas precedentes. Cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado según se advierte en las sentencias, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 entre otras, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración. Expresa que si bien en las aseguradoras en primera medida recae la carga de la información al momento de afiliar a los asegurados, lo cierto es que en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones recaen un serie de responsabilidades entre las cuales está el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones al cual quieren pertenecer, aprovechar los mecanismos de divulgación de información que suministren los fondos y emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones conforme lo establece el decreto 2555 de 2010, por lo que se puede concluir que de conformidad con la anterior normatividad existen también deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. Por tanto, la obligación de información no recae exclusivamente en las AFP, es deber del Consumidor Financiero asesorarse de la mejor manera posible para tomar una adecuada decisión, circunstancia que en el presente proceso no fueron acreditada por el demandante.

Por otra parte reitera que la demandante no puede ser trasladado nuevamente al Régimen de Prima Media con prestación definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, conforme fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C -1024 de 2004, al estudiar la constitucionalidad de la restricción de retorno cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse, y explicó que “el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las

personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Aunado a lo anterior es de resaltar que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es Colpensiones, a la par que la figura de la imposibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, a más que la seguridad jurídica que se deriva de la imposibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Considera relevante indicar, que las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social. En este caso, la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operancia de la imposibilidad. Por las razones expuestas solicita se revoque el fallo.

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, 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, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 05 de marzo de 1983, (fls 54 de la contestación de Colpensiones, PDF 07), y se trasladó a Protección S.A de forma efectiva a partir del 01 de febrero de 1997, (fls 48 de la contestación de Protección S.A, PDF 11).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se afilió a Protección S.A, cuando trabajaba en el Banco industrial colombiano ubicado en Medellín donde les dijeron que se podían vincular con protección y que les iba a ir mejor con ellos porque eran del mismo grupo del Banco industrial, y que se podían pensionar a menor edad y con un mejor valor que la que le daría el ISS a los 60 años, que no le indicaron cuales requisitos debía de cumplir para el momento de pensionarse, que solo le dijeron que iba a tener una pensión mas alta y anticipada a los 55 años.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí:

*“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...”.** (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y

en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 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 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 vincularse a dicha entidad **en el año 1997**, 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, 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 accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente**, sin que sea relevante la reasesoria brindada al actor en el año 2014 pues lo que se debe tener en cuenta es la debida información que se le debió dar al afiliado al momento del traslado inicial en el año 1997.

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, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

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 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.

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 Régimen de Prima Media 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.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, 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).”*

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.”

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ACLARADA en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCION S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

Sin costas en esta instancia por conocerse en consulta.

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: ACLARAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCION S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A en la suma de \$1.160.000 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



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	: JOSÉ DAVID ÁLZATE ZAPATA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-012-2022-00276-01
RADICADO INTERNO	: 047-23
DECISIÓN	: ACLARA Y CONFIRMA SENTENCIA.

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

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/148> 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 24 de abril de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 24 de abril de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO