

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: MARÍA EUGENIA RESTREPO CORREA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00639-01
RADICADO INTERNO	: 099-23
DECISIÓN	: ACLARA, Y CONFIRMA SENTENCIA.
ACTA NÚMERO	: 134

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:

Se reconoce personería a la Dra, MARIA JOSE OTERO MARTINEZ, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución otorgado y por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 75 y ss del C.G.P.

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad y que por lo tanto Colfondos S.A y Protección S.A deben de devolver a Colpensiones las cotizaciones de pensión que realizó, con sus correspondientes rendimientos que se generaron durante todo el tiempo de la afiliación, y como consecuencia, Colpensiones admita a la demandante como afiliada cotizante en el régimen

de prima media y reciban todos los dineros que se han trasladados del régimen de ahorro individual y se condene en costas a las demandadas.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 29 de septiembre de 1966 y al comenzar su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales y cotizó desde el 19 de noviembre de 1986, se trasladó a Colfondos S.A desde diciembre de 1995, donde cotizó hasta julio del 2007, y luego se trasladó a Protección S.A. indica además que no recibió información de los beneficios del nuevo régimen, ni se le indicó cómo se le quedaría la pensión, ni el monto de las comisiones que cobraría al fondo, ni se le explicó los riesgos financieros y las pérdidas que asumía el afiliado, en resumen se indica que no se le explicaron las consecuencias adversas del traslado. Que solicitó a Colpensiones el traslado de fondo el 20 de agosto del 2019 sin obtener respuesta, y a Colfondos SA el 28 de agosto del 2019 la cual fue rechazada mediante comunicado del 16 de septiembre del mismo año, así mismo solicitó el traslado a Protección el 28 de agosto del 2019 y la misma fue rechazada el 11 de septiembre del mismo año.

RESPUESTA COLFONDOS S.A

Esta entidad allega escrito mediante el cual manifiesta que se allana a la demanda y en consecuencia no se opone a las pretensiones de esta excepto en la condena en costas. (fls 93 del expediente digital).

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, y las reclamaciones presentadas ante dicha entidad así como la respuesta ofrecida a la misma, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propone como excepciones las de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por

falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y la innominada o genérica.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la afiliación al régimen de prima media, y que la demandante realizó varios traslados entre administradoras del RAIS, pero que no le constan los periodos cotizados en cada uno de dichos fondos, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de imposibilidad de traslado de régimen, improcedencia de la declaratoria ineficacia del traslado, devolución de cuotas de administración, prescripción, falta legitimación en la causa por pasiva, equivalencia del ahorro, imposibilidad de condena en costas.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que no acepta ninguno de los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propone como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 10 de abril de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la INEFICACIA del traslado de la demandante que hiciera del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos SA para el 9 de diciembre de 1995 indicando que igualmente queda ineficaz la afiliación a Protección SA realizada el 01 de agosto del 2013, y en consecuencia, queda en incólume la afiliación a Colpensiones sin solución de continuidad.

ORDENÓ a Protección S.A que en virtud de la declaratoria de la ineficacia del traslado retorne a Colpensiones quien recibirá a satisfacción y equivalencia dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual y los que recibió

con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, rendimientos financieros en su totalidad, así como los gastos de administración, los pagos de reaseguros y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deben retornar a Colpensiones debidamente indexados desde su causación hasta su pago, así mismo precisó que deberá ser acompañado con la documentación de soporte, con los detalles de pagos y fechas importantes o relevantes para Colpensiones.

ORDENÓ a Colfondos S.A que remita a Colpensiones en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia los pagos destinados a gastos de administración, pagos de reaseguros y pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados desde la fecha en que tuvo la afiliación hasta el momento del pago y con motivo de la afiliación que se dio por la demandante entre el 01 de enero de 1996 al 01 de agosto del año 2013, precisando además que Colpensiones deberá recibir a satisfacción y equivalencia.

ORDENÓ a Colpensiones para que brinde todas las garantías de la afiliación a la demandante sin solución de continuidad, actualice el histórico laboral de aportes y reciba los aportes que sean trasladados por el régimen de ahorro individual, todo eso a satisfacción y equivalencia de Colpensiones.

CONDENÓ en costas a Colfondos S.A y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 y no condenó en costas a Colpensiones ni a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de Colpensiones presenta recurso de apelación indicando que no es procedente la declaratoria de la ineficacia pues del debate probatorio y de los medios de prueba se podía colegir que el traslado se generó en debida forma sin que hubiera mediado circunstancias que pudieran invalidar dicho acto jurídico, y que además, del debate probatorio se pudo observar que las AFP dieron cumplimiento a lo que en ese momento correspondía al deber de información, asesoría y buen consejo, sin que sea admisible imponer un mayor grado de diligencia y cuidado respecto al particular habida cuenta que simplemente dieron cumplimiento a

lo que en derecho correspondía para la afiliación del momento, y donde solo contaban con el consentimiento plasmado en el formulario de afiliación.

Que además dentro del debate probatorio no se llega a un grado de verdad procesal que permita probar sin lugar a dudas el consentimiento y asentimiento de los afiliados respecto al traslado, por lo que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar una eficacia del traslado, eso debe demostrarse, pues de lo contrario predominarían conjeturas y suposiciones en un tópico de especial importancia como es el traslado de un afiliado que está a punto de adquirir el estatus pensional.

Que además tampoco es menos cierto que la misma ley previo en cabeza de los afiliados como usuarios del sistema financiero un sin número de deberes y obligaciones que cuando menos deberían de ser cumplidas, y que por lo tanto dentro del debate probatorio se evidenció que no fueron cumplidas y que por el contrario tuvieron una actitud pasiva frente al sistema de seguridad social y la pensión de vejez en este particular.

Por su parte la **apoderada de Protección S.A** interpone recurso de apelación en lo que se refiere a la orden de trasladar los reaseguros de Fogafin pues indica que Fogafin es una entidad adscrita al ministerio de hacienda de crédito público encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, y compañías de financiamiento que por obligación están inscritos en Fogafin y que dicho fondo fue creado en 1985 para enfrentar la crisis financiera que por esa época afectaba al país y en ese momento intervino en el proceso de capitalización del sistema financiero, y que años más tarde Fogafin estuvo en el centro de la solución de la crisis financiera a finales de los 90 y para ese entonces se ejecutó el programa de salvamento de gobierno localizado en atender las dificultades que se afrontaban por parte de los establecimientos de crédito y los ahorradores del sistema. Que es fundamental recordar que Fogafin dentro del sistema general de pensiones surge a partir del artículo 99 de la ley 100 de 1993 y que el seguro de depósito que es manejado por el fondo de garantía se encuentra regulado en la actualidad por la **Resolución 05 de 2009**, norma que derogó la regulación anterior contenía la resolución 01 de 2009 y esta derogó a su vez las resoluciones 01 de 1998, la 2 de 1989, la 2 de 1991, la 2 de 1992, la 2 de 1993,

la 2 de 1996, la 01 de 1997, la 01 de 1998, la 02 del 2000, la 5 de 2000, la 3 de 2001, la 2 de 2005, la 01 del 2006 y los numerales primero y segundo del anexo número 01 de la circular externa número 007 de 2002.

Que no obstante la derogatoria de la citada resolución 01 del 2009, el párrafo del artículo 20 de la Resolución 05 del 2009 dispone que dicha resolución 01 continúa la rigiendo para efectos de la devolución de primas y cobro de prima adicional de los establecimientos bancarios, de las corporaciones financieras de las compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización correspondientes al año 2009, así como para el cumplimiento de las obligaciones del ejercicio de los derechos relacionados con ellos, y que por lo tanto en ningún contenido de dicha resolución se mencionan las entidades administradoras de fondo de pensiones y cesantías obedeciendo esto a lo que más adelante estipularía **el artículo 163 de la ley 1450 del 16 de junio de 2011**, la cual dispuso la eliminación de la garantía de Fogafín a las administradoras de cesantías y a las administradoras de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y la obligación a las aseguradoras de inscribirse en Fogafin, ordenando además el traslado de la reservas existentes en el tesoro nacional dada la condición de garante que tiene la nación en ambos sistemas. Que, por lo anterior la sentencia ordena a Protección devolver a Colpensiones de un concepto que se encuentra derogado por la normatividad que lo regula y que además por disposición normativa fue girado al tesoro nacional y asumido por la propia administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la ley 100 de 1993. Por lo anterior solicita revocar la sentencia de primera instancia que ordenó devolver las primas que fueron giradas a Fogafin.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones sindicó en síntesis que dicha entidad, no incumplió ningún mandato constitucional, legal o reglamentario que le pueda ser endilgado, pues por el contrario permitió el libre tránsito de afiliados entre regímenes pensionales; por lo que no puede ser reprochado su actuar.

Que de la evidencia probatoria se colige sin lugar a dudas que el traslado efectuado por el actor fue voluntario, que cumplió con todos los requisitos de fondo y de forma para que surta validez; que normativamente y

financieramente el actor no era un usuario indefenso, ya que por el contrario le asistían deberes propios de información, corrección y ratificación.

Que de acuerdo a la sentencia C 1024 de 2004 de la Corte Constitucional señala: Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que, una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia de primera instancia, así como absolver a Colpensiones de todas y cada una de las condenas impuestas, pues es evidente que Colpensiones actuó conforme a la legalidad.

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 la demandante afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de noviembre de 1986, (fls 51 del expediente digital), y se trasladó a Colfondos SA el 9 de diciembre de 1995, y a Protección S.A el 01 de agosto de 2013.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se trasladó a Colfondos S.A cuando estaba trabajando en ese entonces en Bancoquía, estaba en su oficina y llegaron varios asesores que le dijeron que el ISS se iba a acabar, que le dijeron que Colfondos se iba a dar unas muy buenas garantías, que se podían pensionar a la edad que quisieran, con un mejor salario, y que en virtud de esta información y por el hecho de que el ISS se iba a acabar se pasó, que le dijeron que iba a realizar una cuenta personal a su nombre, no recuerda que le hayan informado sobre los rendimientos ni sobre la heredabilidad de los aportes. Que la afiliación a Protección se dio porque ella tiene las cesantías en dicho fondo y para unificar los productos se trasladó a dicho fondo, pero no tuvo ninguna asesoría por asesor de Protección S.A. No acepta haber recibido reasesoría. Que si le hablaron la posibilidad de realizar aportes voluntarios.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de

protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

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

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

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

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

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

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

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 Colfondos 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 a dicha entidad **en el año 1995**, 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.**

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)”*.

Además de lo anterior no le asiste razón a la apoderada recurrente en cuanto a que no debe ordenarse la devolución de la prima de reaseguros de fogafin al estar según esta derogados, pues es claro para la Sala que debe ordenarse dicha devolución con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en especial las sentencias SL3871-2021, SL4062-2021, 4063-2021, SL 932-2023, Y SL 610-2023, entre otras.

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. (reiterada en CSJ SL4360-2019, CSJSL373-2021, CSJSL1467-2021 y CSJ

SL1465-2021, SL 932-2023), además de la responsabilidad total endilgada a la demandada quien debe asumir de su propio peculio dichas sumas

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 Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

Constas en esta instancia a cargo de Protección S.A, y Colpensiones en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas por no salir avante el recurso 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: ACLARAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto 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 Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

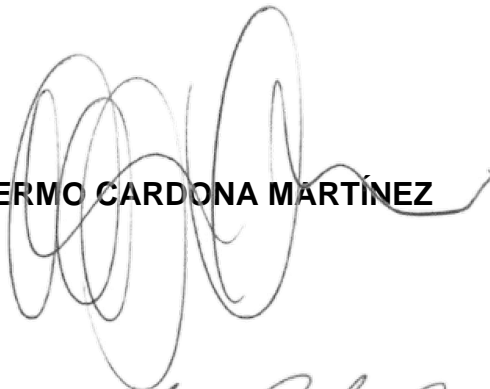
TERCERO: Constan en esta instancia a cargo de Protección S.A, y Colpensiones en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

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	: MARÍA EUGENIA RESTREPO CORREA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00639-01
RADICADO INTERNO	: 099-23
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 30 de mayo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 30 de mayo de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO