

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintidós (22) de junio de dos mil veintitres (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARIA ADELAIDA DÍEZ ZULUAGA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), la tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-018-2021-00191-01**.

### AUTO

De conformidad con la escritura pública del 09 de junio de 2022, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se procede a reconocer personería a la abogada **LAURA LÓPEZ ALVÁREZ** portadora de la T.P. 365.499 del C. S. de la Judicatura, para que represente a **PROTECCIÓN S.A.** en este proceso como apoderada sustituta.

El Magistrado del conocimiento, Dr. **FRANCISCO ARANGO TORRES**, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos,

#### 1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia y/o nulo su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que entre el mes de mayo de 1992 y el mes de septiembre de 1994 cotizó al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, y que posteriormente se traslado al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Arguye que PROTECCIÓN S.A., a través de un asesor, le manifestó que era el fondo con mayor respaldo económico, a diferencia de los fondos públicos que tendían a desaparecer, sin ofrecer algún tipo de asesoría o cálculo de acuerdo a su caso en particular antes o después de firmar el formulario de afiliación, pues no le informaron el capital que requería para pensionarse, ni en cuánto tiempo reuniría en su cuenta de ahorro individual el capital necesario para obtener una pensión de acuerdo a sus ingresos y expectativas, ni que del monto total de las cotizaciones que se efectuaran en el RAIS se destinaba un porcentaje para cubrir gastos de administración, comisiones y otro porcentaje para el fondo de solidaridad pensional a fin de garantizar la pensión mínima, o que el valor total de la cotización no se colocaba en su cuenta de ahorro individual, ni que el monto de la pensión dependía en parte del vaivén del mercado, es decir de la fluctuación en las inversiones que realizaran los Fondos de Pensiones y que por ello la pensión podría ser inferior a la que recibiera en el RPM que administraba el I.S.S. hoy COLPENSIONES, tampoco que el monto de la pensión también dependía en parte de la existencia de beneficiarios por ley, ni que en caso que llegaran a existir, al calcular la mesada pensional ésta se podría ver disminuida, ni las diferencias existentes en el RAIS y en el RPM en tanto que en este último existen pensiones especiales por actividades de alto riesgo y en el RAIS no, tampoco le informaron que en el RPM se podía pensionar anticipadamente si tuviera hijos discapacitados, entre otros.

Expone que no le explicaron las consecuencias reales del traslado como lo era perder garantías de las que solo es acreedora si permanece en el RPM, ni las implicaciones que revestía asumir una decisión tan trascendental como lo es decidir el fondo de pensiones y las condiciones para acceder a una pensión en la etapa final productiva por alcanzar cierta edad, además, específicamente se le manifestó que el ISS se iba a acabar, y en general los Fondos Públicos de Pensiones presentaban problemas, con ello su pensión se perdería y, por tanto, que la mejor decisión era trasladarse al Fondo Privado PROTECCIÓN S.A. y permanecer en él.

Aduce que formuló derecho de petición ante la AFP PROTECCIÓN S.A. solicitando la declaratoria de ineficacia.

Finalmente relata que presentó a COLPENSIONES reclamación administrativa, solicitando el restablecimiento de sus condiciones al estado precontractual en que se encontraba antes de su traslado al fondo privado, reclamación que fue respondida negativamente.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y condenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieran causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, ordenando a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, a recibir las sumas antes señaladas y a continuar como su administradora de pensiones.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS.

Finalmente, declaró infundada la excepción de prescripción, y frente a las demás indicó que quedan implícitamente resueltas como meras oposiciones y condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante.

La sentencia no fue apelada, motivo por el cual se envió el expediente ante esta Corporación judicial con el fin de que surta el grado jurisdiccional de Consulta del fallo, en favor de Colpensiones.

### 3. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la demandante y PROTECCIÓN S.A. allegaron escritos de alegaciones, en los que se señalan resumidamente lo siguiente:

#### ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

La línea jurisprudencial actual de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, es enfática al señalar el **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estableciendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se acredite su inobservancia como en el presente caso.

#### ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

“...Teniendo en cuenta las recientes sentencias en segunda instancia que ha emitido el Tribunal Superior de Distrito adicionando a las declaraciones de ineficacia, la devolución o pago de reaseguros o Fogafin y al Fondo de Solidaridad Pensional, y previendo que ocurra lo mismo en el proceso de la referencia, mi representada expone las razones por las cuales no es procedente:

En primer lugar, la figura de reaseguro es un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora (cedente) pasa a ser asegurado de otra entidad aseguradora (reaseguradora), contrato que **no se configuro durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante a mi representada**, por lo que no hay efecto alguno que retrotraer para el caso concreto. Adicionalmente, no existen en los cobros realizados por Protección, como gastos de administración a título de reaseguros durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante, ya que como se expuso, es una figura distinta a la establecida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que fija que tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional para financiar las pensiones de sobrevivencia y/o invalidez.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la posición adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito en el proceso judicial 05001-31-05-011-2019-00202-01,

el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – **FOGAFÍN** es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en **depósitos electrónicos (SED PES)** que, **por obligación, están inscritos en FOGAFÍN**. Dicho Fondo fue creado en 1985 para enfrentar la crisis financiera que por esa época afectaba al país, en ese momento intervino en el proceso de capitalización del sistema financiero. Años más tarde, **FOGAFÍN** estuvo en el centro de la solución de la crisis financiera de finales de los noventa. Para ese entonces ejecutó el programa de salvamento del Gobierno Nacional focalizado en atender las dificultades que afrontaban los establecimientos de crédito y los ahorradores del sistema.

Ahora bien, es fundamental recordar que el **FOGAFÍN** dentro del Sistema General de Pensiones surge a partir del art. 99 de la Ley 100 de 1993 que estipula lo siguiente:

*“ARTÍCULO 99. GARANTÍAS. Las administradoras y aseguradoras, incluidas las de planes alternativos de pensiones, deberán constituir y mantener adecuadas garantías, para responder por el correcto manejo de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones.*

*Las administradoras deberán contar con la garantía del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con cargo a sus propios recursos, para asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional, en caso de disolución o liquidación de la respectiva administradora, sin sobrepasar respecto de cada afiliado el ciento por ciento (100%) de lo correspondiente a cotizaciones obligatorias, incluidos sus respectivos intereses y rendimientos, y de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales correspondientes a cotizaciones voluntarias. Las garantías en ningún caso podrán ser inferiores a las establecidas por la Superintendencia Bancaria para las instituciones del régimen Financiero”.*

En concordancia con lo anterior, el seguro de Depósitos que es manejado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, se encuentra regulado en la actualidad por la Resolución 05 de 2009, norma que derogó la regulación anterior contenida en la Resolución 01 de 2009. La Resolución 1 de 2009 derogó, a su turno, las Resoluciones 1 de 1988, 2 de 1989, 2 de 1991, la 2 de 1992, 2 de 1993, 2 de 1996, 1 de 1997, 1 de 1998, 2 de 2000, 5 de 2000, 3 de 2001, 2 de 2005, 1 de 2006, y los numerales I y II y el Anexo I de la Circular Externa número 007 de 2002.

No obstante la derogatoria de la citada Resolución 01 de 2009, el parágrafo del artículo 20 de la Resolución 05 de 2009 dispone que dicha Resolución 01 continuará rigiendo para efectos de la devolución de primas y cobro de prima adicional de los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de

financiamiento y las sociedades de capitalización, correspondientes al año 2009, así como, para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellas. **Nótese que, en ningún contenido de dicha resolución, se mencionan las entidades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, obediendo 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 de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el FOGAFÍN, ordenando además el traslado de las reservas existentes al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas, así:**

**“ARTÍCULO 163. Garantía de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión**

**Mínima.** *Elimínese la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el Fogafín. Las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas”.*

En los anteriores términos, una eventual sentencia por este rubro estaría ordenando a PROTECCIÓN el traslado a Colpensiones de un **concepto completamente 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, y que NUNCA SE DESCONTÓ DE LA COTIZACIÓN A PENSIÓN DE LOS AFILIADOS**, estando así completamente infundado dicho concepto, máxime cuando Colpensiones no sería (bajo gracia de discusión) el legítimo destinatario de dicho concepto, sino que es la Nación, a la cual ya le fue girado desde hace más de doce (12) años.

Finalmente, teniendo en cuenta el reciente pronunciamiento de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito en el proceso judicial 05001-31-05-011-2019-00202-01, en la cual la sala determinó la improcedencia del pago por concepto aportes al **Fondo de Solidaridad Pensional** por cuanto:

“(…) habida cuenta que este fondo **no es exclusivo del RAIS**, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es “... *una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, **adscrita al Ministerio del Trabajo** y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública*” (T-321 de 2019), cuya finalidad es

*“... subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de*

*suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte [...], hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social [...], y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas”* (artículo 26 de la Ley 100 de 1993, C-243 de 2006, T-321 de 2019), por lo que **su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del Régimen de Prima Media...**” (negrillas propias).

Así las cosas, es completamente claro que Colpensiones tampoco sería el destinatario legítimo del pago realizado por dichos conceptos, comoquiera que el mismo está administrado por el Ministerio del Trabajo (entidad completamente ajena e independiente al Régimen de Prima Media) y como bien lo entendió la Sala, los conceptos en este fondo son obligatorios independiente del Régimen Pensional, por lo que lo jurídicamente preciso comportaría solicitar al Fondo de Solidaridad Pensional el pago de aportes para proceder a pagarlos a Colpensiones, y posteriormente que Colpensiones procediera a cancelarlos nuevamente al Fondo de Solidaridad Pensional; otra cosa, implicaría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones en contraprestación de un empobrecimiento injustificado de Protección S.A. por cuanto los aportes corresponden a un tercero completamente ajeno (Ministerio del Trabajo), al cual le es indiferente el Régimen Pensional del afiliado en cuestión para efectos del aporte al Fondo de Solidaridad Pensional.

#### 4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad debe declararse ineficaz y en caso afirmativo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer en CONSULTA la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

#### 5. CONSIDERACIONES:

Para resolver la consulta, es necesario manifestar, primeramente que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley

100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.



4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES que reposa de folio 44 y 45 del expediente (Documento 11 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 1 de marzo de 1996 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo, el cual reposa a folio 39 del expediente (Documento 12 del expediente digital), con efectividad a partir 1° de mayo de 1996 como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 42 del expediente (Documento 12 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PROTECCIÓN S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:40:30 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 20 del expediente digital), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

De otra parte, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que

el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó en este proceso la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga.

Ahora, en lo que tiene que ver con las sumas que deben ser devueltas a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, encuentra la Sala que la *a quo* dispuso, que debía ser devueltos a Colpensiones por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieran causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

La decisión del *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, lo que se precisará en sede de consulta, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

Así lo dispone el art. 1746 del C.C., según el cual, “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser

restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora , como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante recordar que al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que ninguna suma quede por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliadas y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, en lo que concierne al aspecto de los alegatos de PROTECCIÓN S.A., sobre la posible orden de devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, es preciso

indicar que sobre el reaseguro Fogafín, se refiere el Art. 7 de la ley 797 de 2003, que modificó el original Art. 20 de la ley 100 de 1993, disponiwndo en su Inc. 3 lo siguiente:

*“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafin**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”* (negrilla agregada)

Ahora el artículo 99 de la original Ley 100 de 1993, dispuso que fueran las administradoras y aseguradoras quienes la cubrieran con sus propios recursos, sin embargo, la ley 797 de 2003 es posterior, y podría interpretarse como modificatoria del 99 de la original Ley 100 de 1993, lo que pudiera llevar a concluir que el reaseguro FOGAFIN al menos hasta cuando estuvo vigente respecto de los Fondos de Pensiones, se tenía como un porcentaje que se debía pagar del 3% de la cotización, destinada a financiar *“los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”* Como expresamente lo estableció el citado Art. 7 de la ley 797 de 2003 y en tal sentido no se entendería como un seguro que pagaban las Administraras de Pensiones, de su propio patrimonio, sino con cargo al porcentaje de 3% antes citado y por ello la orden de devolución de la cotización debe incluir el porcentaje del reaseguro Fogafín, al menos mientras hubo la obligación de tomar el mismo, pues se repite se pagaba con cargo al citado 3% a que hace mención el Art. 7 de la ley 797 de 2003

De otra parte, la obligación de la garantía de FOGAFÍN, fue eliminada para las Administradoras de Cesantías y de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por virtud de lo dispuesto en el Art. 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, sin embargo la orden que se pueda proferir en una sentencia de devolución del porcentaje del reaseguro FOGAFÍN, debe entenderse que es el evento que dicha garantía o reaseguro hubiera podido ser cubierta con la cotización de la afiliada durante el tiempo que estuvo vinculada al RAIS y mientras estuvo vigente dicha obligación para las administradoras de pensiones del RAIS, sin que la orden de devolución de la cotización en ningún caso supere el 100% de la misma. Por manera que, si de la cotización de la actora no se efectuó en alguna época, o en todo el tiempo de la afiliación, ningún descuento para cubrir el reaseguro o garantía de Fogafín, no tendría por qué hacer devolución alguna de este concepto, por lo que, en todo caso, la devolución, es solo del 100% de la cotización, sin descuento de ninguna índole.

En el caso de la demandante, nótese que como ya se indicó, se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 1° de marzo de 1996 con efectividad al 1° de mayo de 1996, por lo que respecto del reaseguro Fogafín, se deben aplicar las preceptivas de la original Ley 100 de 1993, la modificación de Art. 7 de la ley 797 de 2003 y desde el 16 de junio de 2011 lo preceptuado en el Art. 163 de la Ley 1450 de este mismo año, por lo que no le asiste razón a la apoderada de PROTECCIÓN S.A., sobre que no se profiera orden de reintegro del porcentaje del reaseguro Fogafín, pues durante el tiempo que estuvo vigente, tenía relación con la cotización que pagaba la afiliada, pues finalmente de su importe se realizaba el pago, independientemente que la Administradora de Pensiones, entendiera que era de su participación en la cotización de la denominada cuota de administración.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción formulada por las AFP demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia consultada será confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia por haberse conocido la sentencia en el grado jurisdiccional de CONSULTA.

## **6. DECISIÓN:**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 31 de octubre de 2022 proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA ADELAIDA DÍEZ ZULUAGA** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

**Firmado Por:**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **544195a529ac0d9d3db8c105aac855d54a5e1bcc5c514df7d859231d7b9582b4**

Documento generado en 22/06/2023 03:42:09 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**