

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

DEMANDANTE	: ERNESTO ALEX DUQUE BASTO
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2020-00416-01
RADICADO INTERNO	: 238-23
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 243

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 y el grado de consulta a favor de Colpensiones, 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, LEIDY MARCELA ÁLVAREZ ROMÁN, para actuar como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado por cumplir con los requisitos del 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 o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual efectuado a Protección S.A, y se declare válida y vigente la afiliación al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, y se declare que la AFP PROTECCIÓN está obligada a devolver los aportes realizados por este a Colpensiones sin cobros por administración.

Como consecuencia de lo anterior solicita se CONDENE a PROTECCION S.A, a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que el afiliado efectuó en el régimen de ahorro individual incluidos los rendimientos sin ningún descuento por cuotas de administración, y se CONDENE a Colpensiones a tener como válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida y se CONDENE a las demandadas a lo que Ultra y extrapetita se demuestre y a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 2 de mayo de 1958 por lo que en la actualidad cuenta con 62 años, inició sus cotizaciones en el régimen de ahorro individual desde el mes de febrero de 1996 y conforme al traslado antes mencionado inició sus cotizaciones con el fondo privado PROTECCIÓN SA, quien en la actualidad cubre los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Que al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad no tuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para pensionarse ni se le dio una buena asesoría que le hubiere permitido evidenciar que le resultaba más beneficioso afiliarse al régimen de prima media dado que las situaciones particulares del afiliado como la fecha de ingreso al empleo y su IBL no resultaban aptos para pertenecer en el régimen de ahorro individual.

Que la asesoría que le brindó el agente comercial del fondo privado no tuvo en cuenta las condiciones particulares del demandante y se limitó a informar sobre la rentabilidad de las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos.

Que no se le explicó de manera clara y precisa los riesgos y beneficios que corría al estar afiliado en el régimen de ahorro individual frente al régimen de prima media, y que se realizó el traslado sin informarle el monto de la mesada pensional en el régimen de ahorro individual y que la obtención de esta dependía del capital ahorrado, por lo que así fue como la AFP mediante un engaño sustentó la decisión de afiliación en premisas que no se ajustaban a la realidad financiera.

Que el 16 de septiembre del 2020 envió derecho de petición a Protección solicitando el traslado de régimen y las pruebas de las asesorías y re-

asesorías brindadas a lo que no obtuvo respuesta, el 21 de septiembre del 2020 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen obteniendo respuesta el 21 de septiembre de la misma anualidad donde fue negada la misma.

Que el daño que va a sufrir el afiliado en su mesada pensional y su derecho a la seguridad Social es latente a causa de la deficiente asesoría en el momento del traslado pues se omitió brindar tanto la asesoría como la re-asesoría antes de que se adentrara en el estado de no retorno, y por último indica que la pensión que tendría en el RPM sería mucho mayor comparada con la del régimen de ahorro individual

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta que el actor nació el 02 de mayo de 1958, que inició sus cotizaciones en el Régimen de Ahorro Individual desde el mes de febrero de 1996, y que en la actualidad se encuentra afiliado a dicha entidad. Así mismo acepta la petición presentada el 16 de septiembre de 2020. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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 al dar respuesta manifestó que acepta que el actor nació el 02 de mayo de 1958, que inició sus cotizaciones en el Régimen de Ahorro Individual desde el mes de febrero de 1996, y que en la actualidad se encuentra afiliado a Protección S.A. Así mismo acepta la petición presentada ante Protección

S.A el 16 de septiembre de 2020, y la presentada ante dicha entidad el 21 de septiembre de 2020 y la respuesta dada a la misma. No aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, prescripción, la innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 18 de enero de 2023, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz la afiliación que realizó el señor ERNESTO ALEX DUQUE BASTO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó al no cumplimiento de los requisitos necesarios para la validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A.

DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor ERNESTO ALEX DUQUE BASTO Y DECLARÓ que le asiste derecho a estar afiliado en COLPENSIONES en vocación al principio de la libre escogencia de Régimen, desde el momento de la afiliación, esto es, desde el mes de febrero de 1996.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A a que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, traslade con destino a COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el señor ERNESTO ALEX DUQUE BASTO, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos y comisiones de administración, el valor de las pólizas de administración, seguros provisionales y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubiesen sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la vinculación del demandante, hasta el momento que se haga efectivo el traslado de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, valores que deberán ser indexados por PROTECCIÓN S.A.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir los aportes que le reintegre PROTECCIÓN, como resultado de la ineficacia de traslado decretada con la

sentencia y, a convalidar dentro de la historia laboral del demandante todos los aportes realizados por el señor ERNESTO ALEX DUQUE BASTO.

DECLARÓ NO PROSPERAS las excepciones formuladas por las demandadas, salvo la de imposibilidad de condena en costas, formulada por COLPENSIONES a quien no le impuso costas.

CONDENÓ en costas PROTECCIÓN S.A, y fijó como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV, a favor de la parte demandante.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de Colpensiones interpone recurso de apelación manifestando que no debe ordenarse el traslado de los afiliados al régimen de prima media sin considerar las implicaciones económicas y administrativas que ello representa al tener que asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la que en principio no hizo aparte, es decir, la forma en que se vincula a Colpensiones en los procesos judiciales como litisconsorcio necesario partiendo de la base que dicha administradora no participó en la celebración del contrato de vinculación ni hizo parte del uso de maniobras contrarias para obtener el traslado de los aportes del demandante con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Que por lo anterior la voluntad de la parte demandante de poder migrar de un régimen a otro fue un derecho que ejerció con la vinculación al régimen de ahorro individual y que dicho hecho fue ajeno a Colpensiones.

Que además debe tener en cuenta que el demandante solicitó se declarara la ineficacia no por la falta de información sino por el valor del monto de la mesada pensional que es mucho mayor en el régimen de prima media en comparación al régimen de ahorro individual, y que ello se vio reflejado tanto en los escritos de la demanda como en el interrogatorio de parte por lo que recalca que dicha responsabilidad de brindar la información es de la AFP privada y no de Colpensiones.

Que además la parte demandante argumenta que la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios del consentimiento, ausencia de consentimiento informado, abuso de la posición contractual, y la manipulación de la información, precisando que de haber sido afiliado suficientemente informado sobre las ventajas y desventajas de cada régimen no habría aceptado el traslado, situación que no se refleja en el proceso pues nunca se ha acercado a una oficina de Colpensiones a pedir información adicional, y que además el demandante indica que no fue presionado, y por el contrario firmó la afiliación de forma libre y voluntaria.

Que además debe tenerse en cuenta que el demandante es profesional y así no sea en derecho laboral o finanzas, su conocimiento si le permitía adquirir una mejor información para la toma de estas decisiones. Frente a las costas solicita no sea condenada a Colpensiones y se confirme el numeral sexto de la sentencia en el sentido de que en estos procesos es Colpensiones llamada con el fin de recibir y de tener como afiliado al demandante y en un futuro poder reconocer la pensión de vejez, debiendo tenerse en cuenta además que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por el demandante y la AFP privada por lo cual no puede ser perjudicada por dicho acto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones presenta alegatos de conclusión manifestando lo siguiente:

“Solicito respetuosamente **REVOCAR LA ORDEN RECIBIR EN CALIDAD DE AFILIADO AL DEMANDANTE**, debido a que no es procedente imponerle la carga a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de recibir y pensionar a afiliados que en muchos años anteriores deciden libre y voluntariamente cambiar de régimen y fondo pensional; y solo cuando están próximos a pensionarse deciden indagar, realizar comparaciones y querer cambiar de régimen, pues el demandante decidió elevar su solicitud de traslado cuando ya estaba próximo a pensionarse y que además no cotizaron al régimen de prima media POR UNA GRAN VARIEDAD DE AÑOS; Que sus cotizaciones durante la mayoría de sus vida laborales las realizaron a las codemandadas.
es de anotar que el demandante supera la edad permitida para trasladarse de régimen, lo cual deriva en la prohibición de traslado consagrada en el art 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 (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

En igual sentido se pronunciaron las sentencias: C1024 del 2004 Y SU062 DE 2010 AL PRESCRIBIR QUE: EL TRASLADO DE REGIMEN DE PENSION FALTANDO MENOS DE 10 AÑOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD DESCAPITALIZARIA AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA, aun mas cuando la pretensión de la ineficacia de traslado se base en una inconformidad netamente monetaria.

Es menester además traer a colación la sentencia proferida por el tribunal superior de Medellín dentro del proceso con radicado 07-2015-1295-01, la cual en su aparte pertinente expone:

“permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”

Ahora en caso tal que el HONORABLE TRIBUNAL, decida confirmar la orden **de NULIDAD DE TRASLADO**, respetuosamente solicito se ORDENE que la devolución de los aportes, por parte de los fondos privados sin descuento alguno, que estos comprendan la totalidad del aporte realizado por el demandante incluidos los pagos:

Destinados a la administración de la cuenta

Pagos de primas de seguros previsionales para invalidez y muerte

Lo anterior en concordancia con las sentencias de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SL17595 del 2017 LA CUAL HA ESTABLECIDO QUE CUANDO SE DECLARA LA INEFICACIA DE TRASLADO, hay lugar a reintegrar la totalidad de aportes, es decir:

- recursos de la cuenta individual de ahorro
- las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima
- los rendimientos, los bonos pensionales y el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración

Es de aclararse que estos valores deben transferirse de manera indexada o que se permita a Colpensiones realizar un cálculo de equivalencia que permita mitigar el impacto económico a la hora de que el demandante adquiera el derecho a algún tipo de pensión.

De igual forma y teniendo en cuenta que mi representada siempre obra bajo el principio de buena fe, y que no tuvo injerencia alguna en el objeto del litigio, respetuosamente solicito NO SEA CONDENADA EN COSTAS mi representada en ninguna de las instancias”.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en consulta a favor de Colpensiones y conforme al recurso de apelación interpuesto: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, los dineros de la cuenta de ahorro individual, 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, además si Colpensiones S.A debe ser o no condenado en costas.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 02 de mayo de 1958, (fls 89 del PDF 02) y cuenta con tiempo de servicio sin cotización al ISS concretamente a la dirección seccional de salud de Antioquia desde el 19 de noviembre de 1981 al 16 de enero de 1983, y a metrosalud desde el 01 de enero de 1991, al 01 de marzo de 1993, (fls 63 PDF 09), y se trasladó a Protección S.A de forma efectiva a partir del 01 de marzo de 1996, (fls 65 PDF 09).

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 en el año 1996, pero que antes de dicha fecha trabajó en varias empresas del estado y siempre fue del seguro social, pero después cuando volvió a trabajar, no recuerda porque motivo apareció en protección y no recuerda en ningún momento haber solicitado afiliarse a dicha entidad, que antes de eso trabajó en metrosalud 5 años, que en abril de 1996 comenzó a laborar en Comfenalco y hasta antes de esa fecha venía trabajando con metrosalud y que debió ser ahí donde firmó el formulario de afiliación. Que no sabe las diferencias de los regímenes pensionales de Protección y Colpensiones, y dice que no es lo mismo jubilarse en el régimen privado que en el régimen oficial que eso es lo único que sabe. Que no ha solicitado la pensión en Protección S.A. Que no le informaron en el momento de la afiliación las características de cada régimen.

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 de información que existe desde 1994, esto es permitir 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;....”.

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

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, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

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. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Protección S.A no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicha entidad **en el año 1996**, sin que le haya 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 reasesoría brindada en el año 2015 toda vez que lo que importa para la Sala en estos casos es la asesoría que se debió dar al momento del traslado inicial al RAIS, debiendo tenerse en cuenta además que según lo afirmado por la accionante en el interrogatorio de parte se le indicó en dicha reasesoría que la

diferencia respecto al monto de la pensión en el RPM sería mínima y que por eso fue que se quedó allí y no se trasladó.

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 la parte 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.

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por

cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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)”*

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben de ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 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.”

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido

se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCION S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a **Colpensiones** debidamente indexados.

Ahora, de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022, SL-756-2022 y SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la solicitud de Colpensiones realizado en los alegatos de conclusión respecto al cálculo de equivalencia considera la Sala que no es procedente toda vez que, con la ineficacia declarada se ordena la devolución de todos los dineros y aportes realizados por el afiliado, incluidos los deducidos por cuotas de administración, los de garantía de pensión mínima y los destinados a seguros previsionales, además que por naturaleza en el RAIS el rendimiento de los aportes es mucho mayor que los que se generan en el RPM, con lo que se lograría equiparar e incluso superar los aportes de este régimen.

Respecto al reproche de no condena en costas a Colpensiones indica la Sala que dicha petición no tiene vocación de prosperidad toda vez que según el artículo 365 del C.G.P se debe condenar en costas a quien es vencido en juicio como ocurre en esta oportunidad además por no haberle prosperado el recurso de apelación interpuesto.

En esta instancia se condena en costas a Colpensiones en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de apelación.

Por lo mencionado lo legal y pertinente será, ADICIONAR Y CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCION S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-020-2020-00416-01
Radicado Interno 238-23

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones en la suma de \$1.160.000

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



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-020-2020-00416-01
Radicado Interno 238-23



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	: ERNESTO ALEX DUQUE BASTO
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2020-00416-01
RADICADO INTERNO	: 238-23
DECISIÓN	: ADICIONA, 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 agosto de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 30 de agosto de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO