

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cuatro (04) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE : OLGA LUCÍA BALBIN MEDINA
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., PROTECCIÓN S.A Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-021-2020-00226-01
RADICADO INTERNO : 300-23
DECISIÓN : MODIFICA PARCIALMENTE, ADICIONA, ORDENA Y
CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 340

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

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, efectuada inicialmente a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. o en forma subsidiaria, se declare la nulidad de la afiliación, por existir vicio en el consentimiento, al faltar los requisitos legales establecidos en el Código Civil, y en los arts. 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media.

Se CONDENE a PORVENIR S.A. está trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros, sin realizar descuento por cuota de administración.

Se CONDENE a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media, conservando los derechos pensionales del régimen pensional como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual. Se condene las accionadas al pago de costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que nació el 2 de octubre de 1965; laboró para empleadores privados y realizó cotizaciones al ISS; en marzo de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., fondo de pensiones en donde realizó cotizaciones desde julio de 1995 a enero de 1998; en marzo de 1995 se presentaron en las instalaciones del Municipio de la Estrella, asesores de PROTECCIÓN S.A., quienes le manifestaron la supuesta conveniencia y privilegios del traslado, que el ISS se iba a cerrar y corrían el riesgo de perder su pensión si se quedaban afiliados en dicho fondo. En septiembre de 1997, estando en el Instituto Mi Rio, la demandante se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. Para el momento en que se hizo el traslado al Régimen de Ahorro Individual, no se garantizó por parte de PROTECCIÓN S.A., la existencia de una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, objetivamente verificable, donde se haya dado a conocer a mi representada los riesgos del traslado y los beneficios; la asesoría de PROTECCIÓN S.A. careció de técnica y de buena fe. Y COLPATRIA debió haber informado las diferencias positivas y negativas de los dos regímenes, pero no lo hizo.

Asegura que en el cálculo efectuado por la AFP PORVENIR S.A. el 23 de septiembre de 2016, se concluye que no sería conveniente la prestación económica, en el evento de continuar en el Régimen de Ahorro Individual, en contraposición a una pensión reconocida bajo los postulados del Régimen de Prima Media donde, con el IBC de los últimos diez años, sería de \$4'081.870, con un monto del 68%, que genera una mesada de \$2'816.000, superior a la que recibiría en el Régimen de Ahorro Individual a los 57 años de edad.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda aceptó la fecha de nacimiento; y la reclamación elevada a Colpensiones. Frente a los demás hechos de la demanda, las considera circunstancias subjetivas narradas por la parte demandante.

Se opuso a las pretensiones de declaratoria y condena que se invocan en contra de la entidad. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer una pensión de vejez, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración – seguros previsionales- comisiones- valores indexados, prescripción, imposibilidad de condena en costas, compensación (expediente digital 09).

PROTECCIÓN S.A. al dar respuesta manifestó que es cierta la fecha de nacimiento; la afiliación a PROTECCIÓN S.A. el 29 de marzo de 1995 después de recibir asesoría adecuada, correcta, suficiente y oportuna; la obligación de los fondos de pensiones; que no es beneficiaria del régimen de transición. No le consta la afiliación de la demandante al ISS; el traslado a PORVENIR S.A.; la proyección de la mesada pensional; la reclamación administrativa elevada a Colpensiones. No son ciertos los demás hechos de la demanda.

se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Y presentó las excepciones 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, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (expediente digital 19)

La sociedad PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones contrarias la sociedad PORVENIR S.A. Frente a los hechos de

la demanda, acepta la fecha de nacimiento de la demandante; el traslado a COLPATRIA el 11 de septiembre de 1997. No es cierto que no le hayan hablado de las ventajas y desventajas del traslado, ni que haya omitido dar información; y que no se haya dado cumplimiento al deber de dar información oportuna y veraz. Las afirmaciones relativas a la obligación que tienen los fondos de pensiones y lo relacionado a la proyección de la mesada pensional, considero que no son hechos. Frente a los demás hechos de la demanda, indicó que no le constan. Como excepciones invocó las de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del Régimen de Ahorro Individual; enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones Mutuas (expediente digital 21).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 14 de septiembre de 2023, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y declaró la afiliación sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media.

Le ORDENÓ a la PORVENIR S.A. el traslado a Colpensiones, y a esta a recibir, los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones, las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, previa indexación, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor de la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada en el Régimen de Ahorro Individual, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

DECLARÓ probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. en favor de la demandante.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela la decisión, por considerar que no se puede invocar la falta de información por parte de su representada, dado que la demandante en ejercicio de su autonomía y voluntad decisión realizar el traslado y en el interrogatorio se evidencia falta de veracidad de las pruebas y confesaron que conocían varios aspectos del sistema general de pensiones y muchas ocasiones tuvieron información acorde al traslado realizado; que si bien la AFP debe informar las implicaciones de la selección, en estos procesos se juzgan el engaño a los afiliados en el cambio de régimen, lo que no se probó y existe la duda si la demandante con los conocimiento que tenían a la vinculación estuvieron inmersos en error o engaño. Que no existe vicio en el consentimiento dado que la pretensión de la nulidad o ineficacia la basan en la favorabilidad económica. Sostiene que los diversos traslados realizados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, denota consentimiento e intención por la accionante de permanecer en el fondo. Que existen cambios normativos en la forma de liquidar la pensión en el Régimen de Ahorro Individual y que son imprevisibles a la accionada.

Solicita que no sea tenida en cuenta la condena en donde se ordenó el traslado de lo descontado por comisiones de administración, dado que, en el tiempo de administración de los dineros de la demandante, se hicieron descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a la buena gestión de la entidad. Frente al valor del seguro previsional, señala que mensualmente se descontó y se pagó a una aseguradora para que en caso de un siniestro pagara la suma adicional y financiera la pensión; y el seguro previsional fue pagado por lo que PROTECCIÓN S.A. está imposibilitada a recobrarlo y trasladarlo a Colpensiones, dado que la aseguradora es un tercero buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir S.A indica que dentro del proceso se demostró la excepción de buena fe por parte de dicha entidad, y que desde la contestación de la demanda, se ha manifestado que todas las actuaciones de Porvenir se han realizado de conformidad con la voluntad de la parte demandante y su interés de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual y al Fondo, tan es así,

que se han puesto a disposición del actor todos los recursos adecuados para lograr su cometido, por lo que todos y cada uno de los actos de Porvenir desde el inicio del presente litigio han sido expuestos favoreciendo el deseo de la actora dejando clara la voluntad de conciliación con el RPM, limitándose a ejercer su derecho constitucional de defensa sin ánimos de dilatar o entorpecer el proceso. En ese orden de ideas, quedó probado que no hay lugar a condenar a Porvenir en costas procesales. Así mismo solicita no sea condena en costas en segunda instancia y manifiesta que es imposible el traslado por faltarle menos de 10 años para trasladarse.

La parte demandante solicita se confirme la sentencia reiterando los argumentos ya expuestos a lo largo del proceso relacionados con la falta del deber de información a cargo de las AFP del RAIS.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay a revocar la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los gastos de administración y los seguros previsionales.

En el **grado jurisdiccional de consultase** deberá determinar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a la sociedad PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, entendido como: "... 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." y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, todos ellos, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que la demandante realizó aporte en dicho fondo de pensiones; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a la sociedad PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, entendido como: "... 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.", debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que la demandante realizó aporte en dicho fondo de pensiones.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 2 de octubre de 1965 (fl. 23 del expediente digital 02); cotizó al ISS del 19 de marzo de 1994 a diciembre de 1994 (expediente digital 10); solicitó traslado a PROTECCIÓN S.A. el 19 de marzo de 1995 (fl. 29 del expediente digital 19); y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 1º de febrero de 1998 según certificado de afiliación de fl 93 del expediente digital 21.

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, informó que es ingeniera agrícola; trabaja en la Alcaldía de Medellín; expuso que su traslado a PROTECCIÓN S.A. se dio porque fueron a una reunión colectiva a varios compañeros Profesionales, les decían que era mejor estar en un fondo privado y que era un fondo privado, que era bueno para los profesionales y le llamó la atención, que se podía pensionar antes de los 57 años, los rendimientos, y que los fondos públicos como el ISS tendía a desaparecer; esa reunión duró 15 minutos; ella realizó la firma del formulario en forma voluntaria; los asesores diligenciaron el formulario y lo firmó y lo leyó; al momento del traslado a PROTECCIÓN S.A. no sabía cuáles eran los beneficios que tenían en el ISS y le llamó la atención que se podía pensionar a menor edad en los fondos privados; no conoce los requisitos para pensionarse en PROTECCIÓN S.A.; no les hablaron de los rendimientos de los aportes; no le hablaron sobre los beneficiarios de ley; no le hablaron de la cuenta de ahorro individual; la motivación de retornar al Colpensiones es porque después de la proyección de la mesada pensional se asesoró y demandó porque no era la mesada como ella pensaba del 70%; se trasladó a PORVENIR S.A. porque el jefe promovió a un amigo, les pidió que lo escucharan y casi todos se trasladaron a COLPATRIA; la motivación de ese traslado era que les decían que COLPATRIA era nueva y era muy buena.

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, 4811 de 2020, SL 1217, 782 de 2021 y SL 1465 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, y como juez constitucional en las sentencia STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCIÓN S.A. (fondo de pensiones que realizó el traslado de régimen pensional), 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 dicho fondo de pensiones**, 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, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) **y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto**, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PROTECCIÓN S.A. aporte: formulario de afiliación, comunicación de constancia de traslado de aportes a COLPATRIA; reporte de estado de cuenta; historial de vinculaciones del SIAFP; respuesta a derecho de petición; documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales”; concepto de la Superintendencia del 29 de diciembre de 2015; comunicados de prensa (expediente digital 19), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse

de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; y la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

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 siguientes¹:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y*

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, al señalar: “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”

las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe 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 de 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)”*

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben 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. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, SL 1688 de 2019, SL 1465 de 2021, SL1949-2021, y 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 RPM bajo los lineamientos del artículo **7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016**; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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.”

Observa la Sala que en primera instancia se condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones, las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, previa indexación, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor de la demandante **durante todo el tiempo que estuvo afiliada en el Régimen de Ahorro Individual, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP**. Decisión que se MODIFICARÁ por ser la Sala de la posición que cada fondo de pensiones realizó el descuento y dicho descuento no fue trasladado de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A.. En ese sentido, se condenará a cada AFP, a trasladar los gastos de administración descontados, por el tiempo que la demandante realizó aportes a cada fondo de pensiones.

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que se deberá:

- MODIFICAR Y ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó, ello es, por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos de pensiones.

Y los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

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 parte 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.**

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A. por no prosperar el recurso de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó, ello es, por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos de pensiones. Y los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR 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 parte 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.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A. por no prosperar el recurso de apelación.

QUINTO: 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



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS

Aclara voto



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ
Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa, y a efectos de dar claridad en torno a la postura sostenida en este tipo de procesos, estimo necesario precisar las razones por las cuales acompaño la decisión propuesta a la Sala por la magistrada ponente, particularmente en lo que se refiere a los efectos que implica la declaratoria de ineficacia del traslado para aquellas personas que se vincularon al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se acreditara el cumplimiento íntegro y cabal del deber de información.

Mientras estuve ejerciendo el cargo como Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, al interior de las providencias emitidas, sostuve que dentro de los dineros que debían entregar las administradoras del RAIS a Colpensiones, si bien se incluían las comisiones y gastos de administración, no ocurría lo mismo con los recursos dirigidos al pago de los seguros previsionales.

Posteriormente, a partir de un nuevo estudio del tema, incluidas las nuevas providencias que en torno al tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales han sido reiteradas en torno al tema, me veo en la necesidad de recoger la posición en principio adoptada, al contar con elementos de juicio que así lo avalan.

Lo anterior encuentra como sustento que se trata de recursos que integraban la cotización realizada al sistema pensional, por tanto, de cara a los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, cual es que el acto jurídico no produjo efectos, no es posible escindir los conceptos sufragados, y entender que parte de los gastos de administración deben ser entregados a

Colpensiones y otros no, aun cuando tienen el mismo origen, máxime cuando es la AFP del RAIS quien originó o permitió que tales consecuencias se produjeran.

Como sustento de esta posición, pueden ser consultadas las sentencias CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022, CSJ SL3188-2022, CSJ SL1084-2023, CSJ SL2468-2023 y CSJ SL2105-2023. En la última de las citadas expresamente se señala:

Ahora bien, teniendo en cuenta que la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, las partes, en lo posible, deben volver las cosas al mismo estado en que se encontraban --como si el acto de afiliación no hubiera existido jamás--, esto es, con efectos ex tunc. En consecuencia, se confirmará el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de que, habiendo prosperado la declaratoria de ineficacia, para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

De otra parte, habrá de adicionarse el fallo de primer grado en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional, si lo hubiere. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, 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 estos términos dejo consignados los argumentos bajo los cuales debo clarificar el voto en esta oportunidad.

Fecha *ut supra*.


JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



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	: OLGA LUCÍA BALBIN MEDINA
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-021-2020-00226-01
RADICADO INTERNO	: 300-23
DECISIÓN	: MODIFICA PARCIALMENTE, ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

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 05 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 05 de diciembre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario