

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: LUIS EDUARDO GOMEZ TOCORA
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-014-2017-00958-01
RADICADO INTERNO	: 134-21
DECISIÓN	: ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 170

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

De conformidad con el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS Primero a Porvenir S.A y luego a Protección S.A, disponiendo el regreso automático a Colpensiones, y se ORDENE a PROTECCION S.A a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales o sumas adicionales de la aseguradora con sus rendimientos y se ORDENE a COLPENSIONES que reciba dichos aportes y autorice el regreso al RPM sin solución de continuidad en dicha afiliación y se CONDENE a los

fondos demandados al pago de los perjuicios causados en la suma de \$5.000.000 por concepto de honorarios del abogado.

Como supuestos facticos manifestó que estuvo afiliado al ISS desde el 18 de enero de 1982 hasta junio de 1999, fecha en la cual se trasladó a PORVENIR S.A cuando se presentó un asesor de dicha entidad quien le indicó que le convenia trasladarse a la misma indicándose que el dinero de los aportes iba a estar garantizado con ellos que el ISS se iba a acabar y corría el riesgo de quedarse sin pensión. Que luego para el mes de febrero de 2002 fue visitado por un asesor de protección quien el reiteró las supuestas ventajas de pertenecer al RAIS por lo que se trasladó a dicha entidad pero que en ninguna de las dos recibió la debida información con respecto a las consecuencias negativas de dicho traslado. Que entre el 2003 y diciembre de 2011 se traslado entre los fondos Porvenir y Protección pues en cada uno de ellos en su momento le prometían mejores montos pensionales aduciendo mayores rentabilidades. Que el 15 de noviembre de 2017 luego de acercarse a Protección le indicaron que su pensión en dicho fondo seria a los 62 años de \$1.244.994 y en el RPM seria de \$2.521.021. Que intentó regresar al RPM mediante petición del 28 de noviembre de 2017 la cual le fue respondida de forma negativa.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 11 de mayo de 2021, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la ineficacia la afiliación del demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A y su posterior traslado entre administradoras a PROTECCION S.A. Así mismo la CONDENÓ a trasladar con destino a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos que se hubieren causado como si hubiere permanecido en el RPM y las comisiones de administración causadas a partir del primero de diciembre de 2001 y hasta el 30 de abril de 2003, y a partir del 01 de diciembre de 2004 hasta la actualidad. ORDENÓ a PORVENIR S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el valor de las comisiones de administración causadas entre el 01 de enero de 1997 al 30 de noviembre de 2001, y a partir del 01 de mayo de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2004 por la afiliación del demandante LUIS

EDUARDO GOMEZ TOCORA. CONDENO a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante al RPM sin solución de continuidad. ORDENO a PROTECCION S.A a comunicar dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el contenida de la misma al Ministerio de Hacienda y Crédito Publico para los efectos legales correspondientes. CONDENO en costas a PROTECCION S.A y a PORVENIR S.A y fijo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las accionadas.

IMPUGNACIÓN

Al apoderado de Porvenir S.A presenta alegatos de conclusión manifestando que no comparte la decisión de condenar al traslado de los gatos de administración por ir en contra de la confianza legítima y del ordenamiento jurídico. Que además no entiende que fue lo que se declaró en el proceso si fue la ineficacia, la nulidad o inexistencia del traslado, pues un lado se asegura que nunca estuvo afiliado en el RAIS y por otro lado indica que las cosas deben retrotraerse a su estado original y por otro lado indica que se debe declarar la nulidad en sentido estricto porque así lo dice la jurisprudencia de la CSJ. Invoca la sentencia C 345 de 2017, para decir que cuando se trata ineficacia, nulidades, inexistencias se debe entender como una ineficacia en el sentido amplio pero que sin embargo indica que cuando se trata de ineficacia en sentido estricto la corte dice que se debe ceñir a los supuestos y consecuencias que trae la ineficacia en estricto sentido esto es, esto es que el acto no produce ningún efecto. Que por lo anterior según el deber de información no existe ningún deber que traiga como consecuencia la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, pues indica que esto lo trae de manera extensiva el artículo 271 de la ley 100/93, y en ninguna parte de dicho artículo se dice que el efecto sea retrotraer las cosas a su estado original, porque si fuera así porque el demandante no debe trasladar ningún dinero pese a que las restituciones son mutuas, y que en gracia de discusión dice el artículo que se dejara libre y la afiliación se podrá realizar de forma libre y espontánea por el trabajador por lo que dicha normativa no dice que la consecuencia jurídica sea retrotraer las cosas a su estado original, por lo que el traslado de los dineros debe ser conforme lo dispone el artículo 113 de la ley 100/93 donde no se incluyen gastos de administración.

Que además no es lógico indicar que nunca estuvo en el RAIS pero que si se deban trasladar los rendimientos que obtuvo porque si no estuvo en el RAIS no pudo haber obtenido rendimientos, indicando que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Que los reaseguros son obligaciones que afectan el derecho de terceros por lo que no debe ordenar la devolución de dichas sumas. Que además según el artículo 964 del C.C indica que el poseedor de buena fe no es obligado a restituir los frutos.

Indica además que debió declararse la prescripción sobre los gastos de administración por no ser elementos que integran la pensión. Por último, indica que no hay lugar a condena en costas a dicha entidad, siendo ilógico que a Colpensiones si se exonere en costas sabiendo que también fue vencido en el proceso.

La apoderada de Protección S.A interpone recurso de apelación manifestando que al ser dicha entidad una receptora de buena fe del traslado inicial realizado a ING por absorción de la misma no tendría que ver nada en el traslado pues cuando protección recibe al afiliado lo hace en bajo el fenómeno de la absorción en el año 2012. Por lo anterior indica que no hay lugar a devolver las comisiones de administración por ser una deducción legal según el artículo 20 de la ley 100/93 haciendo una distribución para el capital que conformara la pensión de vejez y cuales para las cuotas de administración. que además tampoco hay detrimento para el capital del afiliado por los rendimientos que se obtuvieron.

Que si la consecuencia es la ineficacia se debe entender que la misma nunca existió y por lo tanto no hay lugar a devolver los gastos de administración sino solo los aportes realizados y los rendimientos. Que además dichas sumas son susceptibles del fenómeno de la prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir indica que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento, pues indica que no se alegó y menos probó ningunas de las

causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz.

Que además si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a esto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que, será ineficaz un traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, y para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, también sin tener en cuenta los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato, y que en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que no se puede desconocer que la AFP, le garantizo el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto

1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte, y que por lo tanto en el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

Que además dicha entidad cumplió con sus obligaciones que para el momento de la afiliación se le exigía y cumplió con todas las obligaciones de asesoría e información vigentes para la fecha.

Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A, indicando en este sentido que tampoco es procedente la devolución de las cuotas de administración, sobre las cuales además afirma que opera la prescripción. Por lo anterior solicita sea revocada la sentencia.

El apoderado de Protección S.A presenta alegatos de conclusión solicitando REVOCAR la decisión de primera instancia en su totalidad absolviendo a Protección de las pretensiones de la misma, argumentando para ello la improcedencia de la declaratoria y a la imposibilidad de devolución de las cuotas de administración y seguros al haber sido realizadas por disposición legal conforme lo dispone el artículo 20 de la ley 100 de 1993.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar los gastos de administración, los seguros previsionales, y si puede aplicarse la prescripción. Así mismo en consulta a favor de Colpensiones deberá determinarse si hay lugar a devolver lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima, y si los gastos de administración y seguros deben ser devueltos de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 19 de junio de 1956, (página 17), y que estuvo afiliado en el ISS desde el 18 de enero de 1982, y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A desde el 01 de enero de 1997 donde estuvo hasta el 30 de noviembre de 2001, y luego se trasladó a ING desde el 01 de diciembre de 2001 donde estuvo hasta el 30 de abril de 2003, luego de trasladó nuevamente a PORVENIR S.A desde el 01 de mayo de 2003 al 30 de noviembre de 2004, y posteriormente se trasladó de nuevo desde el 01 de diciembre de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2012 a ING hoy PROTECCION donde se encuentra actualmente afiliado.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se afilió a PORVENIR estaba en el trabajo y la asesoría que recibió fue una reunión pequeña grupal, pero no recuerda cuanto duro la reunión, que para trasladarse le dijeron que el ISS se iba a acabar y que iba a tener una mejor calidad de vida, que se iban pensionar a menor edad y con una mejor pensión pero que no le explicaron porque esto podía ocurrir. Que recuerda si le hablaron de una cuenta de ahorro individual, ni de rendimientos financieros. Que solo les hicieron firmar un formulario de traslado. que al momento del traslado a porvenir no estaba consciente que se estaba trasladando de régimen pensional.

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. En forma expresa se dijo:

*“...De manera que, conforme lo discurrido queda claro que **existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que***

- i) La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;*
- ii) No será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad;*
- iii) En los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. (...).”*

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PORVENIR 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 de Colpensiones, 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 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 PORVENIR S.A. aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral e historia laboral válida para bono, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS, **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; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por el demandante.

2. De los efectos de la ineficacia

- Frente a la devolución de los rendimientos, a los que hace referencia el artículo 1746 del código civil, se CONFIRMARÁ la orden de su traslado, teniendo en cuenta que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia dentro de ellas, en la sentencia 1421 de 2019, en donde rememora las sentencias SL 1795 de 2017, SL 4989 de 2018 y estas a su vez, la sentencia hito 31.989 de 2008, señala:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

Respecto a la devolución de la **cuotas o gastos de administración debidamente indexadas** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, y teniendo en cuenta que : 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, por ello, las restituciones mutuas se dan por efectos de la nulidad del contrato y no de la ineficacia 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte accionante en esta, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 cuando señala, que la ineficacia

genera que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, y el Fondo de Pensiones debía devolver “los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”; 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.

Suma que debe ser debidamente indexada al momento del pago conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, en donde se rememoró la sentencia 31989 de 2008 en la cual se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora,.”*

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ADICIONADA en este punto en particular ORDENANDO a PORVENIR S.A y a PROTECCION S.A a realizar la devolución de 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, por el tiempo que el demandante realizó aportes a cada uno de dichos fondos, pero debidamente indexadas.

- Frente al **porcentaje de garantía de pensión mínima**, considera la Sala que **debe ser devuelto** a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades ING y PORVENIR S.A. pero a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, la primera de ellas, tuvo que trasladar

dicho porcentaje a PROTECCION S.A, que es donde se encuentra afiliado actualmente, por lo tanto es que se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PROTECCION S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

3. En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración y seguros, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 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.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y de PROTECCION S.A en la suma de **\$908.526** para cada una de estas por no haber salido avante los recursos de apelación interpuestos.

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 Catorce Laboral del Circuito de Medellín ORDENANDO a las AFP PORVENIR S.A y PROTECCION S.A a realizar la devolución de 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, por el tiempo que el demandante realizó aportes a cada uno de dichos fondos, pero debidamente indexadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el entendido de que se ordena a PROTECCION S.A para que traslade con destino a

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-014-2017-00958-01
Radicado Interno 134-21

COLPENSIONES los porcentajes deducidos para el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A en la suma de **\$908.526** por no haber salido avante el recurso de apelación interpuesto.

Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la sentencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-014-2017-00958-01
Radicado Interno 134-21



SECRETARIA SALA LABORAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

EDICTO VIRTUAL

La secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia

DEMANDANTE : LUIS EDUARDO GOMEZ TOCORA
DEMANDADO : COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-014-2017-00958-01
RADICADO INTERNO : 134-21
DECISIÓN : ADICIONA Y CONFIRMA


Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

*Fijado hoy lunes 26 de julio de 2021 a las 8:00 Am
2021 a la 5:00 Pm*

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy lunes 26 de julio de


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO