

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: AMPARO MARTÍNEZ LÓPEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-012-2018-00620-01
RADICADO INTERNO	: 093-21
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA, REVOCA, Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 176

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

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 ineficacia o nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual, y en consecuencia, dicha afiliación quedó sin efecto, por carecer de validez por existir vicio en el consentimiento y afectar los derechos mínimos y garantías de la accionante; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media, hoy

administrada por Colpensiones como entidad encargada de los afiliados de CAJANAL; se declare que la demandante nunca obtuvo re asesoría antes del cumplimiento de los 47 años de edad, que tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media: se declare que la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez aplicando la Ley 797 de 2003, y teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación más favorable, y la prestación económica se debe reconocer a partir de la causación del derecho.

Se CONDENE a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos, sin descuento por cuota de administración. Se CONDENE a Colpensiones a reactivar la afiliación al Régimen de Prima Media y a recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR S.A.. Se condene a las entidades demandadas al pago de costas procesales.

Subsidiariamente solicita, se DECLARE que la demandante nunca obtuvo re asesoría antes del cumplimiento de los 47 años de edad por PORVENIR S.A., perdiendo la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media. Se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la pensión de vejez, a partir de la fecha que acreditó los requisitos para acceder a la prestación económica, en el valor equivalente a lo que hubiese recibido si estuviera en el Régimen de Prima Media; al pago de los intereses moratorios o la indexación de las condenas. Se condene en costas a cargo de las demandadas.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 5 de agosto de 1959; cotizó al Régimen de Prima Media en CAJANAL desde el 31 de diciembre de 1979 al 30 de junio de 1995; se trasladó PROTECCIÓN S.A. en julio de 1995 a junio de 1997, posteriormente se trasladó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. el 8 de julio de 1997, regresó a PROTECCIÓN S.A. el 9 de febrero de 1999 y se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 2000. Para la fecha del traslado a PROTECCIÓN S.A. en 1995, contaba con 35 años de edad y en toda su vida laboral tiene 1.943 semanas cotizadas. Al momento del traslado, la AFP PROTECCIÓN S.A. no le suministró información; la AFP PORVENIR S.A. no realizó re asesoría y

realizó simulación pensional el 21 de diciembre de 2017 cuando contaba con 58 años de edad.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 17 de marzo de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración, cuotas de reaseguramiento, seguros previsionales y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación, como si hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media; así mismo CONDENÓ a las sociedades PROTECCIÓN S.A y OLD MUTUAL que en el mismo termino de 30 días, traslade a Colpensiones los valores descontados por cuotas y/o gastos de administración, cuotas de reaseguros, seguros previsionales y demás emolumentos descontados a la demandante, en la vigencia de la afiliación, como si hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media. Le ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir dichas sumas de dineros. CONDENÓ a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad.

DECLARÓ que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por los lineamientos establecido en la Ley 797 de 2003. CONDENÓ a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, la cual será liquidada conforme a los establecido en los arts. 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para ello, la última fecha de cotización que certifique PORVENIR S.A. al momento de la devolución de los valores antes indicados; condenó a Colpensiones a reconocer la indexación. E impuso costas a cargo de las entidades demandadas.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia y se absuelva a la entidad de todas las pretensiones, al quedar demostrado que la demandante realizó estudios de derecho posterior a la expedición de la Ley 100 de 1993 por lo que tenía conocimiento de las características de los regímenes y por desinterés en su futuro pensional no decidió trasladarse a tiempo del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media.

Solicita se tenga en cuenta: que la intención de la demandante para solicitar el traslado a Colpensiones es económico y este argumento no es fundamento para declarar la ineficacia de la afiliación porque por más de 20 años obtuvo los beneficios a dicho contrato y pese no se demostró por las AFP la información, ella podía conocer la información con base en su profesión, y por la actuación de terceros, Colpensiones no debe asumir dichos perjuicios, como es la carga pensional porque ello conlleva un deterioro a los recursos públicos. Considera que la entidad actuó conforme el art 13 de la Ley 100 de 1993 y considera que en este caso no opera la ineficacia del traslado, porque la demandante estaba afiliada a Cajanal y no a Colpensiones, porque no estaba afiliada inicialmente a Colpensiones, y su representada debe evitar la descapitalización del fondo común del Régimen de Prima Media. Y la demandante se trasladó en varias oportunidades a diferentes fondos teniendo la posibilidad de conocer las características del Régimen de Ahorro Individual, y la demandante es legítima de la diferencia de regímenes.

Pretende se revoque la condena en costas, porque se tratan de actos de terceros en los cuales su representada no tuvo intervención y solo se ciñó a cumplir la norma.

Y en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se le ordene a las administradoras se trasladen todos los rubros incluyendo cuotas de administración, y seguros previsionales.

La apoderada de la sociedad SKANDIA S.A. se opone a la condena a devolver los dineros descontados por el tiempo que estuvo afiliada la demandante, por cuotas o gastos de administración, teniendo en cuenta que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 imposibilita a los fondos devolver los gastos de administración, descuentos que se realizan en ambos regímenes y ese

porcentaje se descuenta para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, y el art. 34 del Decreto 69 2de 1994 habla de la distribución de las cotizaciones; y señala que esos descuentos también generan a los fondos, la obligación de administrar la cuenta de ahorro individual, garantizar la rentabilidad mínima, consolidar una historia laboral, entre otras.

Que si bien la Corte ha manifestado que los efectos de la ineficacia es que el regreso de las cosas al estado inicial, al juez le corresponden realizar una ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe, y en ese sentido, su representada, actuó de buena fe y administro en forma correcta la cuenta de ahorro individual de la demandante; que esa comisión de administración no es del afiliado y ordenar devolverla sería desconocer la naturaleza de esas cuotas de administración y generar un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y un pago de lo no debido, pese a haber quedado acreditado que SKANDIA cumplió con la obligación de generar una rentabilidad conforme la ley.

Y ordenar el traslado de ese concepto generaría un perjuicio a dicha AFP, porque debería tomar dinero de su propio patrimonio para devolver un dinero.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. considera que este es un proceso particular porque se rompe la relación de la administradora frente a un afiliado lego, porque la demandante tiene un título jurídico y conocimientos mínimos en seguridad social. Resalta la actitud evasiva de la accionante, cuando asegura en su interrogatorio que solo recibió una sola asesoría por PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 y no se dio cuenta cómo se afilio en los demás fondos y manifestó que fue a través de recursos humanos de la Dian quien sugirió afiliarse a esos fondos privados; que al ser una prueba sobreviniente, lo señalado frente a las irregularidades en que incurrió el empleador a través del área de recursos humanos, considera que la sentencia debe ser revocada y debe ser citado el empleador porque el empleador está incurriendo en una irregularidad establecida en la ley laboral y frente al cual debe asumir consecuencias.

Frente al descuentos de los gastos de administración, manifiesta que los mismos se hicieron con fundamento en disposiciones legales vigentes; se tratan de comisiones causadas y pagadas para la administración de la cuenta de ahorro individual, dichos gastos de administración no componen el patrimonio de la cuenta de ahorro individual del accionante, ni de la mesada pensional y con la administración realizada por la entidad accionada, generó rendimientos, sin que sea justo realizar la devolución de unos gastos de administración a Colpensiones de unos dineros que nunca administró.

Respecto al seguro previsional y pago de las aseguradoras, aduce que son terceros de buena fe; que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en manifestar que no deben asumir las consecuencias del negocio jurídico por ser terceros de buena fe; que esos dineros ya fueron causados y las aseguradoras cumplieron el aseguramiento a los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Y al condenar a ese traslado, la entidad los debe asumir con el patrimonio de su representada y en ese sentido se debe analizar el daño, nexo causal y factor de imputación, elementos que no se dan en este caso.

Y el apoderado de la sociedad PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de la sentencia y se declare que la demandante incurre la imposibilidad de trasladarse de régimen consagrada en el art. 2º de la Ley 797 de 2003. Que la demandante es una persona capaz de dilucidar los pro y contras, de estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual por su formación académica y porque en el interrogatorio de parte manifestó que conoce que su situación pensional no sería igual en los regímenes pensionales desde el año 2008, dejando transcurrir 10 años para demandar; que se trata de un acto que cumplió con todos los rigores y formalidades que para la época se exigían, y hay una postura pasiva de la demandante, la cual tenía la obligación informarse sobre las características y generalidades del régimen pensional.

En caso que se confirmarse la sentencia, solicita se revoque el traslado de los seguros previsionales y gastos de administración, con base en el concepto de la Superintendencia Financiera con radicado 2019 152169003000 del 17 de enero de 2020. Considera que, con el traslado de esos conceptos, se contraría el principio de sostenibilidad financiero, al imputarle a la accionada que asuma con su propio patrimonio dicha condena, porque al estar en un acto de

ineficacia del traslado, no hay razón a que a ninguna de las partes se le cause un daño o responsabilidad.

Solicita se revoque de la condena en costas por existir una diferencia entre la parte motiva y la parte considerativa, y pese a ser aclarada pro el Despacho, considera que quedo en igual situación; en este sentido pretende sea revisada la imposición en costas y se endilgue la responsabilidad conforme a lo que se fijó en la parte considerativa por parte de la A Quo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la demandante solicita se confirme la sentencia en consideración a que la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente a la demandante, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, incurriendo en la falta de información; que el traslado de régimen pensional no se dio de manera libre y voluntaria, y en ocasión de ello, se torna ineficaz, conforme lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 ibidem. Retoma apartes de la sentencia 46.292 de 2014.

Solicita se confirme el derecho pensional de vejez que le fue concedido, porque la accionante señora cumple con la edad y las semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley de 1993 modificado por el artículo 09 de la Ley 797 de 2003.

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia porque para la fecha que la demandante realizó el traslado entre administradoras de fondo, la norma que regulaba la materia era el art. 13 de la Ley 100 de 1993; que la Corte Constitucional para la conservación del régimen en los casos de traslado del régimen de Ahorro Individual con solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación definida ha establecido en las sentencias C-789 del 2002, C-1024 del 2004, C-086 del 2016, C-1025 del 2005, el decreto 692 de 1994, el Decreto 3995 del 2008, la sentencia SU-062 del 2010 y la sentencia SU 130 de 2013. Que, en este caso, el traslado que realizó a la AFP PROTECCIÓN S.A. desde julio de 1995, lo hizo conforme al artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 en su versión original, por lo tanto, se realiza dentro de la legalidad y por lo anterior que mi representada debe ser absuelta y no asumir las consecuencias de actos de terceros.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en apelación: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si en el presente evento se debe integrar al empleador de la demandante; iii) Si hay lugar a revocar la orden dada a SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. de trasladar las cuotas o gastos de administración; iv) Si hay lugar a revocar la orden dada a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. de trasladar los seguros previsionales; ii) Si hay lugar a revocar las costas impuestas a Colpensiones y a modificar las costas impuestas a PORVENIR S.A..

En el grado jurisdiccional de consulta, se deberá analizar: i) Si hay lugar a ADICIONAR la sentencia ordenándole a las sociedades SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexada, por el tiempo que la demandante realizó aporte en cada uno de los fondos de pensiones; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, condenando a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar el porcentaje descontado por garantía de pensión mínima; iii) Si la demandante tiene derecho a la pensión de vejez e indexación reconocida en primera instancia.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 **para los empleados públicos**, tenía más de 35 años de edad, al haber nacido el 5 de agosto de 1959 (fl. 22 y 23); que laboró al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO desde el 31 de diciembre de 1979 al 31 de mayo de 1993, oportunidad que se hicieron aportes a CAJANAL, y laboró en la DIAN desde el 1º de junio de 1993 al 30 de junio de 1995 realizando aportes a CAJANAL (fls. 29 a 31); solicitó traslado a la

sociedad PENSIONAR hoy OLD MUTUAL el 8 de julio de 1997 (fl. 24), se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 9 de febrero de 1999 (fl. 25); se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 2000 (fl. 26).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que es abogada de profesión y es empleada de la DIAN; al momento del traslado de régimen en 1995, estaba en CAJANAL al acabarse esta entidad se trasladó a Protección; para el traslado a Protección, fue un asesor y la entrevista duró 10 minutos, le tomó los datos, la información que le dio fue poca, él diligenció el formulario; solo le dijo que se podía pensionar a los 50 años, que era una pensión buena y el resto del tiempo fue llenado el formulario; no le indicaron que al trasladarse a Protección se creaba una cuenta de ahorro individual, ni le hablaron de la heredabilidad de los dineros que había cotizado. Nunca se enteró que había estado en otros fondos, siempre pensó que estaba en Protección. En la DIAN de Cali, se firman muchos documentos, ella lee los documentos que firma, pero no tuvo en cuenta que la hubieran trasladado a otros fondos. Quiere pertenecer a Colpensiones porque la pensión allí es más alta que en un fondo privado. No le indicaron qué iba a pasar con las cotizaciones realizadas a Cajanal al momento de trasladarse a Protección. El motivo de su traslado en 1995 fue porque le indicaron que se podía pensionar a los 50 años. Que es abogada y se graduó en el año 2004. Respecto a la afiliación a los otros fondos ella confió en el personal y firmó documentos sin leerlos a profundidad. Ese personal fue quien diligencio esos formularios sin la presencia de asesores. La afiliación a PROTECCIÓN fue libre y voluntaria. La demandante se desempeña en la DIAN en el cargo de Gestor I y se desempeña en el área de recaudo y trabaja sobre régimen tributario especial.

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 L 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 L 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 aun 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 y 782 de 2021, 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 PROTECCIÓN S.A. (entidad con la que se efectuó 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 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 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 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 PROTECCIÓN S.A. aporte las solicitudes de vinculación del 15 de junio de 1995 y del 9 de febrero de 1999, historial de vinculaciones de ASOFONDOS, constancia de traslado de aportes, respuesta a derecho de petición, documento denominado “Políticas para asesorar para vincular personas naturales”; concepto 2015123910 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera; y los comunicados de prensa (fl. 192 a 211), 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.**

Teniendo en cuenta que la demandante pertenecía al régimen de prima media administrado por CAJANAL con anterioridad al año 1995, y que la Ley 1151 de 2007 en su art. 155 creó a COLPENSIONES como administradora del Régimen de Prima Media, a la cual se le encargó realizar el reconocimiento de las pensiones de vejez una vez fuera suprimida CAJANAL, por lo que se

entiende que una vez declarada la ineficacia del traslado, es Colpensiones la llamada a recibir a la demandante y las sumas de dinero que se ordenen.

Aunado a lo anterior, no hay lugar a salir adelante el recurso de PORVENIR S.A. cuando asegura que la accionante se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, pues se recuerda que en este evento nos centramos en la ineficacia del traslado por falta del deber de información cuando decide trasladarse de régimen pensional.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, y a la orden dada a PORVENIR S.A., de trasladar a Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones.

2. De los efectos de la ineficacia

- Por su parte, en relación a la devolución de las **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”*, 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.

- **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,.”*

Y con fundamento en la sentencia SL 2877 de 2020 que consagra *“Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional **cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS**, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; (...) De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. (...)**”* (Resalto fuera del texto)

Por lo tanto, se CONFIRMARÁ el traslado ordenado a las sociedades SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos, de las cuotas de administración y de las 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 la accionante realizó aportes en cada uno de dichos fondos. Y se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a las sociedades SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar

a Colpensiones las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexadas, por el tiempo que estuvo la demandante realizando aportes en cada uno de dichos fondos de pensiones, conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

- 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 SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. 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 PORVENIR S.A., por lo tanto es que se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

3. Del reconocimiento de la pensión de vejez.

Ahora, con respecto al derecho a la pensión solicitada en la demanda se extrae de los certificados laborales e historia laboral allegada al plenario, que la demandante trabaja en la DIAN desde el 1º de junio de 1993 (fl. 30), y en el interrogatorio de parte, la demandante manifestó que en la actualidad es empleada de la DIAN, su cargo es de Gestor I y se desempeña en el área de recaudo y trabaja sobre régimen tributario especial.

Si bien la juez de primera instancia le ordenó a Colpensiones, a activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad y a reconocer y pagar la prestación de vejez y el pago de la indexación, observa esta Sala que al tener la **demandante la calidad de empleada pública al ostentar el cargo de Gestor I**, carece la justicia ordinaria de competencia para resolver de la pensión de vejez, porque de acuerdo con el numeral 4º del art. 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual consagra: *“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y*

operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa... Los relativos a la relación legal reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.” es por de donde se concluye la falta de competencia de esta Sala para resolver la misma.

Así las cosas, esta Sala se REVOCAR la decisión de reconocer la pensión de vejez e indexación, para en su lugar **ABSTENER** de realizar pronunciamiento alguno frente al reconocimiento de la pensión de vejez y sus pretensiones consecuenciales, por carecer de jurisdicción.

2. De las costas procesales a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Se REVOCARÁ la condena impuesta en primera instancia, impuesta a COLPENSIONES, toda vez que la entidad no era la encargada de brindar información clara, suficiente y completa a la afiliada al momento del traslado, y no intervino en el traslado de régimen.

En lo que respecta a las costas impuestas en primera instancia a PORVENIR S.A., en la parte considerativa de la sentencia de primera instancia impuso costas en la suma de \$454.263 y en la parte resolutive condenó al pago de \$908.526, y ante solicitud de aclaración del valor impuesto a la accionada, se aclaró el numeral octavo de las condenas en costas, en donde se indicó que a PORVENIR le corresponde el pago de \$908.526.

En este sentido, al haber sido aclarada el valor reconocido, para la Sala no existe duda que las costas impuestas a PORVENIR S.A. ascienden a \$908.526, sin que haya lugar al reconocimiento del valor fijado en la parte considerativa de la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de cada una de las sociedades SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. por no salir avante los recursos presentados.

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, en el sentido de **ORDENARLE** a las sociedades SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexadas, por el tiempo que estuvo la demandante realizando aportes en cada uno de dichos fondos de pensiones.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a la sociedad PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

TERCERO: REVOCAR la decisión de reconocer la pensión de vejez e indexación, para en su lugar **ABSTENER** de realizar pronunciamiento alguno frente al reconocimiento de la pensión de vejez y sus pretensiones consecuenciales, por carecer de jurisdicción.

CUARTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia a COLPENSIONES.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de cada una de las sociedades SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. por no salir adelante los recursos presentados.

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



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 : AMPARO MARTÍNEZ LÓPEZ
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A.,
PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-012-2018-00620-01
RADICADO INTERNO : 093-21
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA, REVOCA, Y
CONFIRMA


Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

*Fijado hoy martes 27 de julio de 2021 a las 8:00 Am
de 2021 a la 5:00 Pm*

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy martes 27 de julio


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO