

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

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

DEMANDANTE	: JANIS MARÍA SALINAS LÓPEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-001-2019-00407-01
RADICADO INTERNO	: 138-21
DECISIÓN	: REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 186

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 nulidad o ineficacia del traslado de fondo, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por lo que resulta nula o ineficaz la afiliación a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.; se declare que para todos los efectos jurídicos, la demandante siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad en la afiliación, ya que su traslado al Régimen de Ahorro

Individual no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontanea. Subsidiariamente solicita se declare la inexistencia del acto por medio del cual la accionante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por lo que resulta inexistente la afiliación a PROTECCIÓN S.A.; se declare que, para todos los efectos jurídicos, la demandante siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad en la afiliación.

Se le ORDENE a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a realizar la devolución a Colpensiones. De todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aporte obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichos dineros estuvieron en poder a la administradora; se ordene la indexación sobre los valores determinados. Y se condene en costas al ente demandado.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que la demandante nació el 10 de julio de 1962; que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media desde 1988 hasta el 10 de marzo de 1995, al laborar para el Hospital Santo Toma de Villanueva Guajira, Hospital la Misericordia de Nechi y el Hospital San Rafael de Zaragoza; estando vinculada al Hospital San Rafael de Zaragoza, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., el 11 de marzo de 1995. A la demandante le es aplicable la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, por cumplir las condiciones para el reconocimiento de la pensión de vejez. que la sociedad PROTECCIÓN S.A. la asesoró directamente y los promotores del fondo presionaron para que se afiliara, manifestándole los beneficios. Que se trasladó del ISS a PROTECCIÓN S.A., posteriormente a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., luego a ING PENSIONES hoy PROTECCIÓN S.A., a COLFONDOS S.A. y finalmente a PROTECCIÓN S.A., con la intención de mejorar su futuro pensional. El promotor o asesor de PROTECCIÓN S.A., encargado del traslado de régimen, no contaba con título ni formación profesional o con capacitación adecuada que le permitiera dar una información completa, veraz y suficiente, al igual que los promotores de las demás administradoras. Que las omisiones en la información y el engaño del que fue objeto, fueron determinantes para que se afiliara al Régimen de Ahorro Individual; que la decisión de trasladarse no fue espontanea, voluntaria y libre,

que al haberle ocultado información la decisión se tomó bajo engaño y con el consentimiento inducido al error. Que el acto de traslado del ISS al fondo privado, está viciado de nulidad objetiva por ir en contra del art. 53 de la CN. La demandante solicitó ante cada una de los fondos privados, solicitud para que aceptara la nulidad de la afiliación, y solicitó a Colpensiones que en virtud de la anulación, se entendiera que siempre estuvo vinculado al Régimen de Prima Media.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 25 de mayo de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual solicitado por la demandante el día 3 de noviembre de 1995, a la AFP PROTECCIÓN S.A., por falta al deber de información, y por lo tanto queda también sin efecto el traslado a COLPATRIA absorbida por HORIZONTE y luego por PORVENIR S.A. realizada el 9 de diciembre de 1998, a la AFP SANTANDER sucedida por PROTECCIÓN S.A., con fecha del 25 de septiembre de 2005, y a la AFP COLFONDOS S.A. del 17 de diciembre de 2010, y el último traslado realizado a PROTECCIÓN S.A. del 27 de febrero de 2014.

Requirió a la demandante para que en los términos del art. 271 de la Ley 100 de 1993, suscriba formulario de afiliación a Colpensiones, sin que sea posible su rechazo, de conformidad con el art. 2º de la Ley 797 de 2003 y le ORDENÓ a Colpensiones a tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media y homologar las semanas cotizadas por ésta al Régimen de Ahorro Individual, previo al recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual.

Le ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, estos porcentajes deberán ser indexados. Le ORDENÓ a las sociedades COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, debidamente indexados.

CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A., y se abstuvo de condenar en costas a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. se opone a la orden de trasladar comisiones de administración argumentado que dicho descuento se realiza conforma a disposición legal, se tratan de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

Que en caso de asumir, que su representada no ejerció la administración y se ordene la devolución de ese concepto a Colpensiones, no procede la devolución de todos los rendimientos generados, al haberse generado por la buena administración, en consecuencia, si se confirma la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, debiéndose trasladar los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual sin incluir los rendimientos.

Y frente a la prima previsional, sostiene que fue girada a una administradora mes a mes para asegurar el riesgo; y la accionada no está autorizada para solicitar una devolución y trasladarla a Colpensiones, porque la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita se revoque la decisión y no se conceda la ineficacia del traslado, por considerar que el deber de información no es el mismo que se tiene en la actualidad, para ese momento era exigido por el Decreto 663 de 1993, artículo 97; que a la demandante se le entregó la información en diferentes momentos, como lo fue en forma personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y finalmente dentro del mismo formulario, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; la obligación del buen consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores y no se pueden aplicar en forma retroactiva; y como acto de relacionamiento invoca las sentencias SL 413 de 2018 y SL 3752 de 2020; asegura que los traslados horizontales realizados por la demandante denotan interés de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual,

y con base en lo manifestado en el interrogatorio de parte y en las asesorías recibidas por los diferentes fondos privados, la accionante recibió la debida asesoría y decidió trasladarse entre AFP para buscar un mejor futuro pensional; que el incumplimiento de expectativas y la diferencia de la mesada pensional no es determinante para considerar la falta al deber de información, y no es posible visualizar perjuicios del traslado porque la demandante recibió la debida asesoría, además de que existe un incumplimiento de la demandante en su deber de cuidado.

En caso de salir avante la ineficacia, solicita se absuelva a la demandada, del traslado de los gastos de administración y seguros previsionales, porque estos se trasladaron a terceros de buena fe y son conceptos necesarios debido a la gestión de los recursos. Argumentos que sustenta en el Decreto 3995 de 2008, Decreto 1883 de 2017 y sentencia C 1024 de 2004.

La apoderada de Colfondos apela parcialmente la sentencia, solicitando la revocatoria del traslado de los gastos de administración, comisiones, seguros y descuentos por garantía de pensión mínima debidamente indexados, porque los gastos de administración fueron descontados por mandato legal consagrado en el art. 13 de la Ley 100 adicionado por el art 2 de la Ley 797 de 2003, en el literal q), en el art 20 de la Ley 100, y el art. 39 del Decreto 656 de 1994.

Que al dar la orden de devolver los gastos de administración, comisiones, seguros y reaseguros, se está causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y Colpensiones, teniendo en cuenta la naturaleza propia del Régimen de Prima Media, porque esos irían directamente al fondo común, y no hacen parte del dinero con el que se reconoce la pensión de vejez, y referentes a los seguros, el dinero entra directamente a las aseguradoras, que son las encargadas de cubrir las contingencias de invalidez y sobreviviente durante el tiempo de la afiliación. igualmente, hay un enriquecimiento sin justa causa porque se desconoce las restituciones mutuas, ello es, el trabajo que hizo Colfondos, y dichos dineros saldrían del patrimonio de su representada, además de que se deben devolver indexados, desconociendo que esos dineros no perdieron su valor adquisitivo, al haberse generado movimientos y se actualizaron mediante los aportes en su cuenta de ahorro individual. Y finalmente, se cumple los requisitos del enriquecimiento sin justa causa, traídos

por la sentencia T 2019 de 1995, al existir un aumento del patrimonio porque Colpensiones se beneficia de los rendimientos y desconoce la administración hecha por Colfondos; se da un empobrecimiento porque le corresponde a su representada, devolver las comisiones, gastos, seguros y reaseguros, y debe indexarlo, lo cual debe asumir con su propio patrimonio; y el enriquecimiento se produce sin justa causa porque, si bien se declaró la ineficacia, la demandante nunca estuvo afiliada al ISS, y si las cosas deben volver al estado inicial, no hay lugar a devolver los rendimientos la no existir gastos de administración, comisiones, seguros.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A.

se aparta de los argumentos dados en primera instancia y que justifican la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen, cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993 al realizar la entrega de la información en diferentes momentos, ello es, en forma verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión en forma personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y finalmente dentro del mismo formulario, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Así mismo señala que la sociedad accionada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y comunicados de prensa informando cambios normativos; que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante el cual surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; que la obligación del buen consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y ello fue objeto de pronunciamiento en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019; el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, al haber manifestado en el interrogatorio de parte, que no realizó comparaciones con otros Fondos

Pensionales, no hizo preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hizo uso de los diferentes canales de atención al usuario; las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas sino que se encuentra en la Ley 100 de 1993 por lo tanto, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa.

Y frente a la devolución a Colpensiones de los valores recibidos con motivo a la afiliación, incluyendo los descuentos por concepto de administración de las cuentas de ahorro individual, considera que en caso de confirmarse la condena y declarar la ineficacia de la afiliación, solicita no se condene a su representada a trasladar los gastos de administración porque este concepto tiene por mandato legal destinación específica conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y dicho descuento ha cumplido a cabalidad y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, así mismo, atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa; y toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y de acuerdo con la coyuntura económica, se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, como se analizó por el Tribunal Superior de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019. Y resalta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

El apoderado de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar, se ordene la permanencia del afiliado al Régimen de Ahorro Individual, y a título de perjuicios se le ordene a dicho fondo que una vez cumpla los requisitos exigidos en el Régimen de Prima Media se le reconozca la pensión de vejez en las mismas condiciones que le hubieran correspondido en Colpensiones, y se condene al fondo y a la accionante a pagar las costas procesales.

Sustenta su recurso, en el literal e) del art 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el art. 2º de la Ley 797 de 2003 considerando que, en este evento, casi 10

años después, de la entrada en vigencia del sistema, la afiliada omite dicha facultad. Retoma el art. 4º del Decreto 2241.

Que no se debe habilitar, que en este tipo de procesos el afiliado presente una actitud pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, y solo, después de estar incurso dentro de la prohibición legal, pretenda información que siempre ha estado habilitada para sus afiliados, por tratarse de una actitud omisas. Retoma apartes de la sentencia C 1024 de 2004 y la sentencia 413 de 2018.

Que el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen, no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, y la disparidad en cifras no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad o ineficacia. El actuar del afiliado durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual fue negligente y pasivo.

En caso de confirmar la sentencia, , en aplicación de las sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019 solicita se ordene las cuotas de administración indexadas, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión, conceptos que no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante; dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

Que como el fondo debe soportar financieramente la negligencia o debida diligencia, porque pese a no convenirle el trasladarse al fondo privado, sin embargo lo aceptaron, en consecuencia solicito que se modifique o adicione la sentencia, ordenando realizar el cálculo actuarial a Colpensiones y el fondo privado y en caso que llegue a ser insuficiente los recursos trasladados, se le ordene al fondo privado, completar inclusive con sus propios recursos lo que falte para financiar el 100% de la pensión que ya estaría a cargo de Colpensiones.

Y solicita se tenga en cuenta el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

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 hay lugar a revocar la orden dada a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., de trasladar las cuotas de administración y seguros previsionales; iii) Si de la sociedad PROTECCIÓN S.A. debe trasladar los rendimientos financieros; y iv) Si COLFONDOS S.A. debe trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima.

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 10 de julio de 1962 (fl. 23 y 97); que laboró para el Hospital Santo Tomas de Villanueva Guajira, el Hospital la Misericordia de Nechi y el Hospital San Rafael de Zaragoza desde el 16 de abril de 1988 al 16 de diciembre de 1996, según certificados laborales de fls. 24 a 26. Se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 3 de noviembre de 1995 (fl. 27); solicitó traslado de régimen al ISS el 14 de noviembre de 1996 (fl. 28); se trasladó a COLPATRIA el 9 de diciembre de 1998 (fl. 29), posteriormente regresó a PROTECCIÓN S.A. en marzo de 2000 (fl. 30, 228 y 233), se trasladó a la AFP SANTANDER el 25 de noviembre de 2005 (fls. 229 y 233), y a COLFONDOS S.A. el 17 de diciembre de 2010 (fls. 31).

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 en una reunión de personal realizadas en el hospital que laborada en el año 1995, un asesor de PROTECCIÓN S.A. les ofreció pasarse al fondo porque el ISS se iba a acabar y era más beneficioso para ella; que la reunión duró cinco minutos; que el formulario de afiliación lo firmaron en blanco y les dijeron que ellos se encargaba del resto; que suscribió el formulario del ISS en 1996, cuando iba a trabajar en la Clínica las Vegas, porque se lo pasaron con los demás documentos que debía diligencias; que los traslados realizados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual los realizó, porque le ofrecieron mejor rentabilidad, la posibilidad de pensionarse anticipadamente y ella se había proyectado pensionarse a los 50 años; no le hicieron paralelo entre los dos regímenes ni le informaron la forma como funcionan; no le hablaron de

la forma de acceder a la pensión, no le informaron de la existencia de la cuenta de ahorro individual ni de la heredabilidad de los aportes.

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

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. **(que fue el fondo al que decidió afiliarse por primera vez en el Sistema General de Pensiones en 1995)**, 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 los formularios de afiliación de los años 1995 y 2000, el formulario de afiliación ante la AFP SANTANDER del 25 de noviembre de

2005, constancia de afiliación a PROTECCIÓN S.A. desde el 27 de febrero de 2014, resumen historia laboral, historial de vinculaciones de ASOFONDOS, el reporte del estado de cuenta al fondo de pensiones obligatorias; documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales”; concepto 2015123910 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera; y los comunicados de prensa (fl. 227 a 257), 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 de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, y a la orden dada a PROTECCIÓN S.A., de trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones.

Frente a la orden dada en primera instancia a la demandante, para que en los términos del art. 271 de la Ley 100 de 1993, suscriba formulario de afiliación a Colpensiones, sin que sea posible su rechazo, de conformidad con el art. 2º de la Ley 797 de 2003, considera la Sala que se hace necesario precisar, que si al momento tomar la decisión de afiliarse al Sistema General de Pensiones por medio de la sociedad PROTECCIÓN S.A., dicha AFP tenía la obligación de brindar una información clara, suficiente, amplia, oportuna, pero esta no le dio la información señalada o por lo menos no lo acreditó, debe entenderse que la selección del régimen pensional de manera libre y voluntaria que exige el art 13 de la Ley 100 de 1993, se encuentra efectuado con el formulario de vinculación que la demandante elevó a Colpensiones el 14 de noviembre de 1996 visible a fl. 28, o en su defecto, con la solicitud elevada a Colpensiones el 20 de mayo de 2019, por medio de la cual pretendía se anulara el traslado, se declarara ineficaz o inexistente, y se entendiera que siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones (fls 84 y 85). Sin embargo, al no ser objeto de recurso de apelación por parte de la accionante, se mantendrá la decisión de primera instancia.

2. De los efectos de la ineficacia

- Frente a la devolución de los **rendimientos financieros** a Colpensiones, considera esta Corporación que hay lugar a CONFIRMAR su traslado, por el imple hecho, que los efectos de la ineficacia del traslado es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban, y en la línea jurisprudencial del órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, se ordena el traslado de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros.

En este sentido, la sentencia SL 2207 de 2021, justificó su traslado así:

“Ahora, una vez declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.”

- Frente 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 SL 1421 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.

Aunado a lo anterior, argumentan la apoderada de la sociedad COLFONDOS S.A. el enriquecimiento sin justa causa por desconocerse **las restituciones mutuas**, argumentación que no se acepta, toda vez que en sentencia SL 4360 de 2019, la Corte consideró que las cosas deben volver al estado en que se encontraban y en caso de no ser esto posible, por tratarse de temas pensionales, los jueces están llamados a aplicar soluciones que permitan compensar los perjuicios ocasionado a los afiliados ante la falta de información al momento de generarse el traslado de régimen.

- **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), es que hay lugar a que PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. asuman su traslado.

Por lo tanto, se CONFIRMARÁ la orden dada a las accionadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., de 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, ambas debidamente indexadas, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos.

- Y frente al **porcentaje de garantía de pensión mínima** apelado por la apoderada de COLFONDOS S.A., debe decirse, que teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 la AFP que le sucedió, es claro para la Sala que COLFONDOS S.A. tenía la obligación de trasladar dicho porcentaje a PROTECCIÓN S.A.. siendo esta la razón por la que se REVOCARÁ la orden impuesta a COLFONDOS S.A. de trasladar a Colpensiones este concepto.

Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de cada una de las accionadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, por no haber salido avante los recursos de apelación interpuestos, y en la suma de \$681.395 a cargo de COLFONDOS S.A., por salir avante parcialmente su recurso.

Frente a los demás aspectos alegados por Colpensiones, no se hará un pronunciamiento, teniendo en cuenta que el principio consonancia establecido en el art. 66A del CPT y SS establece “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación**” (resalto fuera del texto), y teniendo en cuenta que la Sala analizó el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.

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: REVOCAR la orden impuesta a COLFONDOS S.A. de trasladar a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima

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

TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de cada una de las accionadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., por no haber salido avante los recursos de apelación interpuestos, y en la suma de \$681.395 a cargo de COLFONDOS S.A., por salir avante parcialmente su recurso.

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	: JANIS MARÍA SALINAS LÓPEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-001-2019-00407-01
RADICADO INTERNO	: 138-21
DECISIÓN	: REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

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

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy martes 27 de julio de


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO