

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**  
**Medellín, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023)**

DEMANDANTE	: LUZ MARINA CARDONA PÉREZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-024-2021-00332-01
RADICADO INTERNO	: 078-23
DECISIÓN	: ACLARA, REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA.
ACTA NÚMERO	: 102

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

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada el 30 de agosto de 1995 a Colmena hoy Protección S.A y los posteriores traslados realizados a Horizontes, luego a pensiones y cesantía Santander y después nuevamente a Horizontes hoy Porvenir S.A y se DECLARE que le asiste el derecho de ejercer nuevamente de forma libre y voluntaria la selección de régimen pensional y se CONDENE a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual con todos los aportes, el bono pensional y toda las sumas recibidas por motivo de la afiliación con sus rendimientos sin ningún tipo de descuento y se CONDENE a Colpensiones a recibir el traslado de todos los aportes y se incluya y actualice la historia laboral de la

demandante con los correspondientes periodos y semanas una vez convalide dicho traslado.

Como supuestos facticos manifestó que se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a Colmena el 30 de agosto de 1995, trasladándose igualmente a varias administradoras siendo la última de estas Porvenir S.A y en relación con la circunstancias de tiempo modo y lugar que dieron lugar a su vinculación al régimen de ahorro individual indica que fue visitado por una promotora de ventas de Colmena ofreciéndole de manera general el nuevo régimen de pensiones con expectativas y condiciones favorables en su futuro pensional dado que ésta le brindaba mejores condiciones que las que eventualmente podría obtener en el régimen de prima media, y se le indicó además que el Instituto de Seguros Sociales estaba en crisis económica y que el valor de la pensión que ofrecía el fondo privado era mejor que el que podía entregar el seguro social y que al momento de la asesoría no se le suministró información clara, detallada y precisa de los escenarios pensionales en ambos regímenes y de sus características; que se trasladó de Colmena a Horizontes el 6 de octubre del año 2000, posteriormente el 8 de marzo del 2005 se trasladó de Horizonte a pensiones y cesantías Santander y luego ser trasladó de ING a Horizontes el 22 de agosto del 2011.

Y que para la vinculación a dichas administradoras tampoco se le entregó información completa, clara, detallada y precisa acerca de las consecuencias del traslado, que el 4 de abril y el 13 de diciembre del 2019 radicó en Protección peticiones en las cuales solicitó copias de las asesorías brindadas, las proyecciones de pensiones, y el certificado de la historia laboral, solicitud que fue resuelta mediante comunicados del 7 de mayo y el 23 de diciembre del 2019 en las cuales se le aporta copia de las afiliaciones y la historia laboral y se indicó respecto a las asesorías que no tenían soportes de ellas pues se realizaban de manera personal.

Que tiene un total de 1,233 semanas cotizadas y el 13 de diciembre del 2019 solicitó a Colpensiones la afiliación y traslado de régimen a lo que se dio respuesta negativa mediante comunicado del 16 de diciembre del 2019.

### **RESPUESTA PROTECCION S.A**

Esta dio respuesta manifestando que acepta todas las afiliaciones y traslados realizados en el RAIS, así como las peticiones presentadas y las respuestas dadas a las mismas, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

### **RESPUESTA COLPENSIONES**

Esta entidad dio respuesta manifestando igualmente que acepta las afiliaciones y traslados realizados al RAIS, las reclamaciones presentadas y la respuesta dada a la misma, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación demandada y falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción y/o caducidad de la acción, imposibilidad de condena en costas, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen.

### **RESPUESTA PORVENIR S.A**

Esta entidad dio respuesta manifestando que no acepta ninguno de los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propone como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 08 de marzo de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la INEFICACIA de la afiliación del régimen pensional que realizó la demandante LUZ MARINA CARDONA PÉREZ en el año 1995, a COLMENA hoy PROTECCION S.A.

ORDENÓ a PORVENIR que en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, devuelva a COLPENSIONES los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron en el periodo de afiliación, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos debidamente indexada.

Indicó que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A que en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN S.A con cargo a sus propios recursos, indexados.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a AFILIAR de manera inmediata a la demandante LUZ MARINA CARDONA PÉREZ en régimen de prima media con prestación definida y además a recibir los dineros sobre los cuales se ordenó su traslado.

CONDENÓ en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho a favor del demandante, en la suma de 2 SMLMV para cada entidad.

## **RECURSO DE APELACION**

**Inconforme con la anterior decisión la apoderada de Colpensiones** presenta recurso de apelación indicando que la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual no debe ser que la demandante quede automáticamente afiliada a Colpensiones pues ella nunca estuvo afiliada al régimen de prima media, ni siquiera en otra entidad para la época manejaba régimen de prima media y que por lo tanto no se habla de la ineficacia de un traslado, y que en este orden de ideas la jurisprudencia solo ha declarado la ineficacia cuando la persona, ejerciendo su voluntad se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y que en estos casos de traslado su efecto principal es dejar sin efecto el traslado dejando incólume la afiliación al régimen de prima media, pero que este no es el caso ya que su primera y única afiliación fue en el régimen de ahorro individual, y que por lo tanto, no es procedente que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia las cosas se devuelvan al estado inicial y que este estado inicial sea la afiliación al régimen de prima media pues el estado inicial de la demandante era no afiliada a ninguno de los sistemas pensionales, por lo anterior solicita revocar la sentencia en este sentido.

**La apoderada de Protección S.A** indica en síntesis que en el presente caso no se trata de un traslado sino de una afiliación inicial al RAIS y que si bien las AFP están obligadas a informar las implicaciones del traslado, lo que en estos procesos se juzga y se reprocha es el engaño a las personas en el cambio de régimen, cambio que no se probó ya que lo que se realizó una selección inicial de conformidad con los artículos 13 de la ley 100 de 1993 y el artículo 3 del decreto 692 del 94, pero no un traslado, pues este opera después de efectuada la selección inicial y que por lo tanto no es procedente la declaratoria la ineficacia del traslado de régimen de la demandante.

**El apoderado de Porvenir S.A** indica que la juez dice que al decretar la ineficacia de la vinculación inicial, la demandante podía quedar desafiliada al sistema general de pensiones, por lo que considera que ningún colombiano puede quedar desafiliado pues indica que la afiliación ocurre por

una única vez en la vida de las personas y esta no se puede borrar como se pretende hacer en el proceso, y que también el despacho para llegar a su conclusión dice que las cosas se deben de volver a su estado inicial pero que no hay un estado inicial al cual retornar las cosas, pues el estado inicial sería desafiada al sistema general de pensiones lo cual no puede suceder, y tampoco se podría tener que siempre estuvo afiliada con pensiones pues ese no fue su estado inicial.

Que también dijo el despacho que se debe regresar a la última entidad a la cual estuvo la demandante pero que esta nunca estuvo en Colpensiones y que nunca estuvo en ninguna otra entidad diferente a las que administran el régimen de ahorro individual, por lo que considera que el despacho se desapega de la línea jurisprudencial trazada por la corte suprema de justicia en la sentencia SL 4211 del 2021 donde se indica que no procede la ineficacia cuando es una vinculación inicial dando argumentos de peso que no fueron considerados por el despacho.

En caso de que se confirme la sentencia solicita que no se ordene que los montos que se lleguen a trasladar se hagan de manera indexada pues indica que las cotizaciones de la demandante no tuvieron ninguna merma en el poder adquisitivo, y por el contrario, siempre generaron rendimientos que son superiores a los que pudiera haber logrado en el régimen de prima media; que por lo anterior y teniendo en cuenta que una de las funciones de las AFP es mantener la rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, no habría lugar o sería incompatible ordenar una indexación cuando se está ordenando al mismo tiempo retornar los rendimientos financieros con los que se compensa cualquier pérdida del poder adquisitivo. Por lo anterior solicita revocar la sentencia en estos términos.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de Colpensiones** indica que en caso de que ratifique que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de la AFP, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere

incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio.

Es por ello que, de declararse la ineficacia, se debe ordenar a la AFP del "RAIS" que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados, con sustento en las sentencias SL 1.688 –2019, SL 2877 del 29 de julio de 2020, y la SL 17-595 del 18 de octubre de 2017, solicitando de esta forma se tengan en cuenta las anteriores consideraciones.

**El apoderado de la parte demandante** presenta escrito de alegatos reiterando los mismos argumentos ya expuestos a lo largo del proceso relacionados con la falta de prueba del deber de información a cargo de los fondos privados que ocasionó la ineficacia del traslado solicitando de esta forma se confirme la sentencia de primera instancia.

**El apoderado de Porvenir S.A** presenta alegatos manifestando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, 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 lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del

sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Que partiendo de lo anterior, en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso por cuanto el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

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 garantizó 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 además el afiliado decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT, y se debe tener en cuenta la voluntad del actor de permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Respecto a la imposición de cargas probatorias inexistencias indica que respecto al alcance de la información - la misma tiene que ser no solo de calidad sino "CALIFICADA"-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1637-2022 Radicación No. 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Que la primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos.

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.

## **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, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 01 de abril de 1959, (fls 16 PDF 02), y se afilió por primera vez al sistema general de pensiones a la AFP Colmena desde el 30 de agosto de 1995, luego se trasladó a la AFP Horizontes a partir del 01 de diciembre de 2000, luego regresó a ING a partir del 01 de mayo de 2005, y se trasladó nuevamente a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A a partir del 01 de octubre de 2011.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que presenta la demanda porque se dio cuenta las desventajas que tiene estar en ese fondo de pensiones y que en Colpensiones el salario sería mayor. Indicó además se afilió a Colmena, cuando paso un concurso de carrera administrativa, que era su primer trabajo formal y allí una asesora de Colmena le dijo que se afiliara a dicha entidad porque tenía mejores garantías y que el seguro social se iba a acabar, y que además cuando iba a llevar los papeles a recursos humanos preguntó que cual era el mejor fondo de pensiones y le dijeron que cualquier que porque el seguro social se iba a acabar. Que no le hablaron de rendimientos. Que no se acuerda del traslado a Santander en el año 2005, y que simplemente los asesores iban al municipio y talento humano sacó una circular diciéndoles que se debían afiliar por secretarias. Que en el 2011 se trasladó a Horizontes y también le dijeron que tenía mejores garantías, pero no recuerda cuales fueron las garantías que le mencionaron. Que nunca estuvo afiliada al seguro social. Que no sabía que en el fondo privado la pensión dependía del capital.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

## 1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

**“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los

promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**". (Resalto fuera del texto)

**"OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado." (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

*"...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...."*

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 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 COLMENA hoy Protección S.A no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de vincularse a dicha entidad **en el año 1995**, 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, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente.**

Ahora, en virtud de lo analizado en el plenario, se hace necesario precisar, que teniendo en cuenta que en el historial de vinculaciones del SIAFP no aparece la demandante afiliada al Régimen de Prima Media, pues según reporte visible a folios 75 de la contestación de Porvenir S.A, se afilió por primera vez a Colmena desde el 30 de agosto de 1995, tal y como se acepta en el interrogatorio de parte cuando indico que antes no venía cotizando a ninguna entidad del régimen de prima media, en este sentido, se debe entender, que al momento de realizarse la afiliación al Sistema General de Pensiones por medio de la sociedad Colmena S.A., a partir de agosto de 1995, no se trataba de un traslado de régimen sino de una afiliación, y en esa oportunidad la AFP COLMENA S.A., tenía la obligación de brindar una información clara, suficiente, amplia, oportuna; información que no se brindó o por lo menos no lo acreditó.

Como consecuencia de lo anterior, 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 la solicitud de traslado, que la demandante elevó a Colpensiones (fls 77 de la demanda). Lo que genera que el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás conceptos a los que haya lugar, se deben realizar a Colpensiones, no siendo aplicable para la Sala lo dispuesto por la descongestión de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4211 del 2021, como lo pretende el apoderado recurrente en primer termino por cuanto la misma no constituye un precedente vertical de obligatorio cumplimiento al no haberse constituido aun como doctrina legal probable, y en según termino por cuanto la misma fue emitida por una Sala de Descongestión de la CSJ, la cual no está facultada ni tiene competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016, el cual consagró que: “Las salas de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **pero cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente** a la Sala de Casación Laboral para que esta decida”

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, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

## **2. De los efectos de la ineficacia**

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

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

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

**3º. Los gastos de administración,** encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

**En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados,** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta:

1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la

entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, **se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.**” (Resalto fuera del texto)*

**Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes**, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL



3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

**4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación*

*con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021)."*

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

*"Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."*

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ACLARADA en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *"gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes"*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas.

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención del bono (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se **REVOCARÁ**, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido redimido, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín.

Constas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A, Protección S.A y Colpensiones en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

### **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: ACLARAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** la orden dada a Porvenir de devolver el bono pensional, indicando que, en el eventual caso, de que dicho bono ya haya sido redimido, **se ORDENA** a PORVENIR S.A. que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín.


**TERCERO:** Constan en esta instancia a cargo de Porvenir S.A, Protección S.A y Colpensiones en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

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

Los Magistrados.



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**SECRETARÍA SALA LABORAL**  
**EDICTO VIRTUAL**

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: LUZ MARINA CARDONA PÉREZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-024-2021-00332-01
RADICADO INTERNO	: 078-23
DECISIÓN	: ACLARA, REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA.

Magistrado Ponente  
**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**

Fijado el 09 de mayo de 2023 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

Se desfija el 09 de mayo de 2023 a la 5:00pm

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO