

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: ALIRIO ALONSO VIDES ECHAVARRÍA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-016-2022-00124-01
RADICADO INTERNO	: 217-23
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA Y ORDENA
ACTA NÚMERO	: 228

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 nulidad o ineficacia de la afiliación a COLFONDOS S.A, acto jurídico que carece de validez por existir vicio en el consentimiento, en razón de la omisión del deber información y el no cumplimiento de las obligaciones señaladas en los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; se declare válida y vigente la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media; que la sociedad COLFONDOS S.A, está obligada a trasladar los aportes a Colpensiones, sin cobros por administración.

Se CONDENE a la sociedad COLFONDOS S.A, a trasladar a la Colpensiones, todos y cada uno de los aportes que el poderdante efectuó al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración

Se CONDENE a Colpensiones a recibir todos y cada uno de los aportes que el demandante efectuó al Régimen de Ahorro Individual, rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración. Se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que el actor nació el 6 de enero de 1959; inició a cotizar desde el mes de noviembre del año 1995 al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., en el año 2002 se trasladó COLFONDOS S.A donde actualmente realiza cotizaciones a pesar del engaño y carente información que suministraron dichas entidades del Régimen de Ahorro Individual a las que se afilió; solicitó ante Colpensiones proceder al traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media porque la afiliación del Régimen de Ahorro Individual se realizó sin las garantías de una decisión informada; en respuesta dada por Colpensiones se negó la solicitud por estar a menos de 10 años para la edad de pensión.

Sostiene que en la afiliación al Régimen de Ahorro Individual en el año 1995 y al momento del traslado a COLFONDOS S.A. en el año 2002, el demandante no obtuvo suficiente información de los beneficios y defectos de cada régimen, una buena asesoría le permitiría al demandante evidenciar que le resultaba más beneficioso afiliarse al Régimen de Prima Media, no le explicaron en forma clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliado en el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media; considera que no es aceptable que Colpensiones niegue el traslado cuando el actor esta por obtener su derecho pensional, y se le informe que su afiliación a Colpensiones no es válida, generando así un perjuicio irremediable al demandante. El 7 y 8 de septiembre de 2021, se elevó derecho de petición ante las accionadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A respectivamente, donde se solicitó el traslado de régimen y las pruebas de las asesorías y reasesorías brindadas al actor; PROTECCIÓN S.A. dio respuesta señalando que el traslado no era procedente, y COLFONDOS S.A. no se dio respuesta; el 8 de septiembre de 2021 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional la cual fue negada. Que el daño que va sufrir en la mesada pensional es latente, a causa de la deficiente asesoría que suministraron las AFP; si al actor le hubieran informado los panoramas económicos, no se hubiera afiliado en el Régimen de Ahorro Individual y aporta las proyecciones realizadas, para demostrar el daño.

RESPUESTA A LA DEMANDA

En la contestación de la demanda COLFONDOS S.A. dice que es cierta la reclamación elevada a COLFONDOS S.A.. No es cierto los engaños de las AFP demandadas, las afirmaciones relativas a que una buena asesoría hubiera generado que el demandante no se afiliara, la falta de información en la asesoría, que el comportamiento de los asesores comerciales al momento de afiliar se generó por la dinámica de libre competencia de los negocios, el daño que va a sufrir el demandante en su mesada pensional. Frente a los demás hechos de la demanda, dice que no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, valides de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitara la nulidad del traslado, compensación y pago (expediente digital 15).

Colpensiones en la contestación de la demanda acepta la fecha de nacimiento, la solicitud de traslado elevada a Colpensiones y las solicitudes elevadas a las codemandadas. No le consta lo relativo a la afiliación al Régimen de Prima Media; la falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.; ni las proyecciones pensionales realizadas por el actor. Las demás afirmaciones de la demanda, dice que no son hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual, prescripción, buena fe, genérica, imposibilidad de condena en costas (expediente digital 18).

La sociedad PROTECCIÓN S.A. aceptó la fecha de nacimiento del actor y la reclamación elevada por el actor. No es cierta lo relativo a la falta de información; ni el daño al que hace referencia el actor. No le constan los demás hechos de la demanda.

Presentó oposición a las pretensiones de la demanda. Y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos

del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra Administradora de Fondos de Pensiones, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior. (expediente digital 22).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 18 de julio de 2023, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, NEGÓ las pretensiones elevadas por el demandante en contra de las demandadas. DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación que propuso PROTECCIÓN S.A. Con fundamento en el art. 282 del CGP se abstuvo de resolver las demás excepciones. Condena en costas a la parte demandante.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandante solicita la revocatoria de la sentencia y en su lugar se reconozcan las pretensiones de la demanda, aduciendo que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente a la figura de la ineficacia en materia de elección de un fondo pensional, lo que tiene sustento en el aparte final del inciso 1º del art 271 de la Ley 100 de 1993 cuando hace referencia a dejar sin efectos la afiliación cuando se atenta contra el derecho a la afiliación y selección del instituciones de seguridad social; que en este caso la sociedad PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado (sic), atento contra el derecho de afiliación del demandante y contra los principios de buena fe y transparencia al no dar una información completa, lo que impidió tomar una decisión informada y consciente y ello transgrede el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene que los fondos privados tenían la obligación de demostrar el cumplimiento del deber de información; que el actor no obtuvo información por parte de las accionadas; y la suscripción del formulario de afiliación no

basta para demostrar la información dada, por ser una mera manifestación, y en este caso no fue libre y voluntaria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Protección S.A. solicita se confirme la sentencia al no haber lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación dado que la accionada brindó a la demandante una asesoría, clara, completa, comprensible, veraz y profesional, la cual se realizó de forma independiente, estudiando las particularidades del caso y al tratarse de una vinculación inicial al Protección S.A., y nunca se trasladó de régimen, siempre ha cotizado al Régimen de Ahorro Individual sin haber estado en forma previa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sostiene que la accionada se ha opuesto a la tesis planteada en las sentencias 31.989 y 31.314 de 2008, SL 19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 4373 de 2020 y SL 4811 de 2020, en donde la ineficacia del traslado de régimen como consecuencia directa de la omisión del deber de información aplicando en cada caso en concreto, la inversión de la carga de la prueba debiendo ser las AFP las que deben demostrar el cumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo; y en este caso se trata de una vinculación inicial sin que se pueda dar aplicación a la inversión de la carga de la prueba dado que la misma solo se ha aplicado en los casos donde ocurre un traslado ya que la afiliación tuvo lugar el 1º de noviembre de 1995. Y en caso de declarar la nulidad de la afiliación y regresar las cosas al estado inicial, la parte demandante estaría desprotegida frente al riesgo de IVM dado que el estado anterior es sin desvinculación, lo que estaría vulnerando el derecho a la Seguridad Social, evento del que se hizo pronunciamiento en la sentencia SL 4211 de 2021.

Colpensiones en sus alegatos avala la decisión del Juzgado, al no ser posible declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, porque la primera afiliación en el sistema se hizo a ese régimen, no estuvo en el ISS o Colpensiones, y al declarar la ineficacia de su afiliación y volver al estado anterior, ello sería sin afiliación, conforme se indicó en la sentencia SL 1806 de 2022.

En caso de revocarse la decisión, a efectos que se cumpla el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, se debe ordenar la

devolución a Colpensiones de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, fondo de solidaridad, rendimientos y seguro previsional y cualquier otro concepto, conforme lo indican las sentencias SL 2877 de 2020, SL 2914 de 2020, SL 3537 de 2021 y radicado 86.744 de 2021, sin que se pueda eximir al fondo de pensiones de la devolución de los recursos aduciendo la buena gestión.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **de los recursos de apelación** si hay lugar a revocar la sentencia absolutoria y en su lugar reconocer las pretensiones de la demanda.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 6 de enero de 1959 (fl. 1 del expediente digital 06); según certificado emitido por Colpensiones el 18 enero de 2022, el demandante no se encuentra registrado en el Régimen de Prima Media (fl. 2); diligenció el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. el 1º de noviembre de 1995 el cual se hizo efectivo la misma fecha, según reposa en el historial de vinculaciones del SIAFP (fl. 2 del expediente digital 24); y se trasladó a COLFONDOS S.A. el 9 de abril de 2022 según el reporte de historia laboral de fl 21 del expediente digital 06.

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que es auxiliar administrativo de inspección de policía, él empezó a trabajar en el Bagre en 1983 pero en una oportunidad le dijeron que había iniciado en 1989, él hizo una reclamación en la Contraloría Departamental de Antioquia, esos documentos no se los entregó al abogado; al momento de la afiliación con PROTECCIÓN S.A. no hubo un asesor de dicho fondo, esa afiliación se dio porque él estaba laborando y la jefe de recursos humanos le dijo que iba a estar afiliado a PROTECCIÓN S.A. y él aceptó porque estaba trabajando, pero sin tener conocimiento ni asesoría; cuando él se afilió a PROTECCIÓN S.A. estaba como guardián de la cárcel; en COLFONDOS S.A. no ha solicitado pensión de vejez y sigue cotizando para ese fondo. Asegura que no se trasladó a COLFONDOS S.A., sino que por falta de conocimiento le dicen cosas; en el año 2002 llegó un

funcionarios de COLFONDOS S.A. a su oficina y le regalaban cosas, y le dijeron que iba a estar en ese fondo y él aceptó pero no le dieron explicación; no sabe cuál fue la motivación para trasladarse a COLFONDOS S.A.; se afilió a COLFONDOS S.A. y no a Colpensiones porque salía de Colpensiones con el mínimo mientras en COLFONDOS S.A. tenía más rentabilidad; su motivación de trasladarse a Colpensiones es porque gana poco y le va a ir mejor.

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

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCIÓN S.A. (entidad que realizó la afiliación al Régimen de Ahorro Individual), no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicho fondo de pensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse, que para esta Corporación, la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Colpensiones

al no dar contestación a la demanda, no aportó prueba alguna al proceso, 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.**

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 (fl. 2 del expediente digital 24), no aparece el demandante afiliado al Régimen de Prima Media, y de los hechos de la demanda y del historial de vinculaciones del SIAFP se desprende que el actor se afilió por primera vez a PROTECCIÓN S.A. el 1º de noviembre de 1995, se debe entender, que al momento de realizarse la afiliación al Sistema General de Pensiones por medio de la sociedad PROTECCIÓN S.A., a partir de noviembre de 1995, no se trataba de un traslado de régimen sino de una afiliación, y en esa oportunidad la accionada PROTECCIÓN 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 el demandante elevó a Colpensiones el 8 de septiembre de 2021 (fl 8 del expediente digital 06). 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.

Se hace necesario hacer la advertencia, que en el presente evento se solicitó la nulidad o la ineficacia de la afiliación a PROTECCIÓN S.A. y en los hechos de la demanda nada se expone de tiempo de servicios sin cotizaciones al ISS o cotizaciones anteriores al año 1995, sin embargo en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que trabaja desde el año 1983 y que frente a unos tiempos que no le estaban reconociendo presentó una reclamación ante la Contraloría Departamental de Antioquia, información de la cual no existe prueba en el plenario. Siendo, así las cosas, le corresponderá a Colpensiones analizar si el actor cuenta con tiempo de servicios sin cotizaciones al ISS anteriores al año 1995, al momento de reconocer una eventual prestación económica al demandante, ello bajo el entendido que lo expuesto por el demandante en el interrogatorio de parte a su favor, no puede ser tenido como confesión y debe ser corroborado por el fondo de pensiones.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser REVOCADA, para declarar la ineficacia de la afiliación realizada a la sociedad PROTECCIÓN S.A., y el posterior traslado realizado a COLFONDOS S.A.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes¹:

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

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

Respecto a la devolución de los rendimientos financieros, la Corte Suprema de Justicia en sentencia reciente SL 2207 de 2021².

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

² “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.”.

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 Régimen de Ahorro Individual,

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

La orden 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 2020³.

³ La Sentencia SL 4063 de 2021 “De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.**” (Resalto de la Sala)

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.”

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

- ORDENAR a la sociedad COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
- ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones, los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de*

reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el demandante realizó aportes a cada uno de dichos fondos de pensiones. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

- ORDENAR a COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima, indexado y con cargo a su propio capital.

Como consecuencia se deberá ordenar a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y que realice la activación al Régimen de Prima Media a través de Colpensiones, reflejándose en la historia laboral los aportes recibidos de la parte demandante sin solución de continuidad.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se le ORDENARÁ PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Costas en primera y segunda instancia a PROTECCIÓN S.A. en aplicación del numeral 4º del art. 365 del CGP que reza: *“4. Cuando la sentencia de segunda instancia **revoque totalmente la del inferior**, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.”*. Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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 sentencia emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por el Sr. ALIRIO ALONSO VIDES ECHAVARRÍA al Régimen de Ahorro Individual, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR lo siguiente:

- A la sociedad COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
- A PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones, los gastos de administración constituidos por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el demandante realizó aportes a cada uno de dichos fondos de pensiones. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.
- A COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima, indexado y con cargo a su propio capital.

TERCERO: ORDENARLE a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y que realice la activación al Régimen de Prima Media a través de Colpensiones, reflejándose en la historia laboral los aportes recibidos de la parte demandante sin solución de continuidad.

CUARTO: ORDENARLE a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, los conceptos deberán aparecer

discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: Costas en primera y segunda instancia a PROTECCIÓN S.A. en aplicación del numeral 4º del art. 365 del CGP. Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: 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



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Con salvamento de voto



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación 05001310501620220012401

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria, en tanto en el asunto bajo estudio no se presenta un cambio de régimen pensional por una indebida asesoría y ausencia del deber de información que diera lugar al traslado del RPM al RAIS; por el contrario, se está frente a una primera afiliación al sistema general de pensiones, lo que ocurrió el 1o. de noviembre de 1995, como se verifica en el historial del SIAFP.

Dicho criterio ha sido reiterado por la Sala de Descongestión del máximo órgano de la justicia laboral en sentencias SL494-2020, SL4211-2021, SL3414-2022 y SL1806-2022; en la última de estas se precisó:

“Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda

el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem."

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL9388-2022 señaló:

"Corolario de lo anterior, se tiene que la tutelante perdería su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, y a quien además debería restituírsele lo que la AFP recibió con ocasión a su vinculación al RAIS, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 puede efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en Colpensiones, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad tiene 54 años de edad y nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones.

Así las cosas, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; aunado que, acceder a la pretensión de la señora Gil Savastano, es decir, ordenar su afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, que en su caso no está permitido en los términos contenidos en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión."

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevan a disentir de la decisión acogida por la Sala.


ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
MAGISTRADA



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	: ALIRIO ALONSO VIDES ECHAVARRÍA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-016-2022-00124-01
RADICADO INTERNO	: 217-23
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA Y ORDENA

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/126> 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 30 de agosto de 2023 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 30 de agosto de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO