

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

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

DEMANDANTE	: GUSTAVO ADOLFO RUIZ GÓMEZ
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	: 05-001-31-05-013-2020-00096-01
RADICADO INTERNO	: 143-21
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 191

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.

De conformidad con el poder general otorgado por el Dr. JAVIER EDUARDO GUZMÁN SILVA (en calidad de representante legal de Colpensiones), a la sociedad ABACO ABOGADOS Y CONSULTORES SAS; y el poder otorgado por el Dr. ANDRÉS EDUARDO SALCEDO CAMACHO (en calidad de representante legal de la sociedad ABACO ABOGADOS Y CONSULTORES SAS), a la Dra. ESTEFANÍA GÓMEZ VÁSQUEZ, para que represente los

intereses de Colpensiones. Y de conformidad con el poder especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad LÓPEZ Y ASOCIADOS S.A.S. y al Dr. JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ SIERRA. Por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería para que representen los intereses de las entidades accionadas.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia de la afiliación o la nulidad del acto jurídico de traslado, realizado a partir del 30 de junio de 1995 al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A.; se declare la ineficacia en los diferentes cambios de administradora de pensiones, realizados ante COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 8 de enero de 1999, a COLFONDOS S.A. el 15 de marzo de 2002 y el retorno a PROTECCIÓN S.A. el 27 de noviembre de 2002, por haber faltado las AFP al deber de información. Se le ORDENE a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones, el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos y el bono pensional, y se le ordene a Colpensiones a recibir y activar la afiliación al sistema e incorporar las semanas cotizadas al sistema pensional administrado por ella. Se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 23 de septiembre de 1957; el actor se afilió al ISS a partir del 12 de mayo de 1980 y sufragó al Régimen de Prima Media un total de 697.2 semanas al 22 de septiembre de 1992; que existen inconsistencias en la historia laboral de Colpensiones al reflejarse solo 137.7 semanas porque no se reflejan los periodos con los empleadores MUNICIPIO DE MEDELLÍN desde el 22 de mayo de 1979 al 10 de enero de 1980 y del 9 de marzo de 1981 al 18 de enero de 1989, y con el empleador AEROPUERTO OLAYA HERRERA desde el 21 de mayo de 1993 al 30 de junio de 1995. A partir del 30 de junio de 1995, el actor se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., posteriormente se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. a partir del 8 de enero de 1999, luego se trasladó a COLFONDOS S.A. a partir del 1º de noviembre de 2000 y regresó a

PROTECCIÓN S.A. el 21 de noviembre de 2002. Que las administradoras privadas no le proporcionaron una suficiente, veraz, completa y clara información. Al mes de septiembre de 2019, cuenta con un total de 1.247 semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual que sumadas con las 697.2 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media generan un total de 1.945 semanas. El 23 de septiembre de 2009, cumplió los 52 años de edad, y para esa oportunidad no recibió asesoría para ejercer el derecho de elección y traslado. El demandante le solicitó a Colpensiones el traslado de régimen el 18 de noviembre de 2019, el cual fue negado en comunicación del 3 de diciembre de 2019 al no contar con los 15 años de cotización o de servicio al 1º de abril de 1994. El perjuicio causado por las administradoras privadas demandadas, consiste en el valor deficitario de la mesada pensional a la que accedería en el Régimen de Ahorro Individual a diferencia de la que recibiría a los 62 años en el Régimen de Prima Media.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 28 de mayo de 2021, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A..

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1º de enero de 2003 exclusivamente por la afiliación del señor GUSTAVO ADOLFO RUIZ GÓMEZ con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media. CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones, las cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/07/1995 hasta el 28/02/1999, exclusivamente por la afiliación del señor GUSTAVO ADOLFO RUIZ GÓMEZ.

CONDENÓ a PORVENIR S.A., a trasladar a la Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, las cuotas y/o gastos de

administración vigentes a partir del 01/03/1999 hasta el 30/09/2000, exclusivamente por la afiliación del señor GUSTAVO ADOLFO RUIZ GÓMEZ.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, las cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/10/2000 hasta el 31/12/2002, exclusivamente por la afiliación del señor GUSTAVO ADOLFO RUIZ GÓMEZ.

Le ORDENÓ a Colpensiones a recibir las anteriores sumas de dinero. CONDENÓ a la Colpensiones a activar la afiliación del señor GUSTAVO ADOLFO RUIZ GÓMEZ, al Régimen de Prima Media. Impuso costas a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, por considerar que el formulario que suscribió el demandante, es un documento público que se presumen auténticos según los arts 243 y 244 del CGP, contiene las declaraciones que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993 y ese documento no fueron tachados ni desconocidos conforme se dispone los arts. 246 y 272 del CGP, debiéndose dar valor probatorio. Considera que no le asiste al despacho la razón cuando asegura que no se allegó prueba del deber de información, al haberse aportado los documentos que su representada tenía para demostrar que el demandante estuvo vinculado a Colpatria producto de una decisión libre y voluntaria, lo cual se acredita con el formulario de afiliación y con la conducta del demandante al haber permanecido en el Régimen de Ahorro Individual, realizó traslados horizontales y continuó permitiendo el descuento con destino a las cuentas de ahorro individual, prueba que al ser analizada en su conjunto lleva a concluir que la intención del actor era pertenecer al Régimen de Ahorro Individual. Y no se le puede imponer a PORVENIR S.A. cargas distintas a las dispuestas en las leyes existentes al momento de la afiliación, porque constituye una violación al debido proceso y la confianza legítima. Que al celebrarse el acto, el demandante era jurídicamente capaz y el acto celebrado tenía objeto y causa lícita.

Que el art 113 de la Ley 100 de 1993, determinan cuales son los dineros que se deben trasladar, ello es, el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las consagradas en la norma porque no hay otro valor destinado a financiar la prestación y ordenar el pago de valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Al ser claro que los gastos y comisiones por administración, son valores que no pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, porque no financian la prestación de vejez y no son parte integrante de ella, es una razón de peso para justificar que prescriben.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración que fueron descontadas de los aportes durante la afiliación del actor a su representada, teniendo en cuenta que la comisión de administración es un descuento autorizado en la ley; la deducción del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y pagar la prima del seguro previsional, la cual opera en ambos regímenes; que con la condena en mención, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte actora, y esa condena se traduce en un perjuicio para su representada, luego de que PROTECCIÓN ha administrado en forma diligente los recursos del demandante durante su afiliación.

Por su parte la apoderada de Colpensiones se aparta de la decisión adoptada, aduciendo que su representada no ha estado de acuerdo con declarar la ineficacia del traslado en este evento, porque Colpensiones no está facultada para recibirlo en vía administrativa luego que el art. 2º de la Ley 797 de 2003 por medio del cual se modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, se estableció un limite para trasladarse entre los regímenes a las personas que le faltaran menos de 10 años para pensionarse, y este es el caso del actor, luego que esta probado que él no hizo la solicitud antes de cumplir sus 52 años de edad. Que cuando trae la solicitud, la entidad contesta que no puede realizar el traslado por estar inmerso en la prohibición y por ser una entidad pública no puede sobrepasar los extremos determinados en la ley y por ello se niega la solicitud. Solicita analice esa situación porque el traslado que realizó

el actor se considera válido, y solicita se tener en cuenta, que en este evento se encuentran vinculados tres fondos privados, con lo que se evidencia la decisión de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual desde que hizo su primera vinculación en 1995; que si realizó el traslado entre fondos, tuvo el tiempo suficiente para haber decidido oportunamente que debía retornar al Régimen de Prima Media si los fondos privados no le estaban generando la confianza o satisfacción que esperaba.

Adicionalmente, expresa su desacuerdo con la manifestación realizada, frente a las sumas de dinero que se ordenan en la sentencia, por lo que solicita se analice y se adicione la sentencia, en el sentido de incluir en la sentencia lo referente a los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta que existen salas del Tribunal Superior, que aceptan la devolución de estas sumas, toda vez que se debe proteger el principio de sostenibilidad financiera del sistema, porque al tratarse de una entidad pública, Colpensiones debe contar con todos los recursos económicos para solventar las prestaciones que se generen a futuro con los afiliados que están siendo retornados al Régimen de Ahorro Individual.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., solicita que su representada sea absuelta de todas las pretensiones de la demanda por considerar que no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento con el cambio de régimen, y no se probó las causales previstas en el art. 1741 del Código Civil. Invoca los vicios del consentimiento consagrados en el art. 1598, 1515, 1517 y 1524 ibidem. Si lo pretendido 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 una multa administrativa, y si bien se dice que queda sin efecto la afiliación, no se refiere al art. 1740 y ss del Código Civil; retoma el art. 899 del Código de Comercio; que en este asunto, ninguno de presupuestos legales, se allegaron ni fueron demostrados en el proceso, porque 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 contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, y no fue tachado ni desconocido como lo disponen los arts. 246 y 272

del CGP. Que, en caso de presentarse alguna irregularidad distinta a la nulidad absoluta, la misma estaría saneada conforme los arts 1742 y 1743 por la ratificación tácita de la parte demandante. Que la AFP le garantizó el derecho de retracto, lo cual se prueba con la publicación realizada en el diario el Tiempo, el 14 de enero de 2004, tal y como lo dispuso el art. 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que se ejerciera esta facultad. 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. Frente a la falta de pruebas del cumplimiento de los deberes de información, completa, veraz y oportuna, ello no se ajusta a la realidad procesal.

Que la accionada cumplió con la carga procesal impuesta, al aportar los documentos que tenía a su poder para demostrar que la vinculación de la accionante fue producto de una decisión libre e informada. Que es un hecho objetivamente demostrable que, durante el tiempo de vinculación, la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado y no hizo uso del derecho de retracto, lo que se debe entender como “la verificación de la voluntad del afiliado”. Que no se le puede imponer cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación. Del interrogatorio de parte absuelto se extrae que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para ella relevantes que ahora echa de menos, pese a contar con diferentes canales de atención. Que no se puede confundir la ineficacia del acto jurídico con la nulidad absoluta.

En caso de considerar que el negocio jurídico no tuvo validez, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las establecidas en el art. 113 de la Ley 100 de 1993 porque condenar a un pago adicional configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; retoma el art. 1746 del Código Civil y el Concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020. Que determinar que se deben reintegrar los gastos de administración y las primas de seguros al no corresponden a valores que le pertenecen a los afiliados porque no financian la pensión de vejez y no son parte integrante de ella, por lo que se debe descartar su imprescriptibilidad.

Que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Retoma apartes del salvamento de voto de la sentencia 5912 de 2020.

Y la apoderada de Colpensiones, reitera la solicitud de revocar la sentencia, aduciendo que Colpensiones ha sido clara en manifestar en la contestación de la demanda, en la Certificación del Comité de Conciliación, en los alegatos de primera instancia y en el recurso de apelación, que se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, cuando determina un límite para trasladarse entre los regímenes de las personas que les faltaran 10 años o menos para cumplir la edad pensional; el demandante tuvo la oportunidad de trasladarse al Régimen de Prima Media hasta antes de del cumplimiento de los 52 años de edad, por lo que administrativamente, la Entidad no puede aceptar el regreso del demandante.

En caso de confirmarse la sentencia, solicita que aras de proteger el principio de sostenibilidad financiera del sistema, se ordene que las sumas devueltas a Colpensiones se realicen de manera indexada, y teniendo en cuenta no solo la devolución de aportes, rendimientos y cuotas de administración, sino también, las comisiones para cubrir los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

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 de la afiliación; ii) Si las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, y en caso de confirmarse el traslado de este concepto, determinar si el mismo prescribe; y iii) Si se debe adicionar la sentencia, en el sentido de condenar al traslado de los seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima.

En el grado jurisdiccional de consulta, se deberá analizar si en el presente caso hay lugar a adicionar la sentencia, ordenando el traslado de las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la

prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas.

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 para el sector público, no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 23 de septiembre de 1957 (fls. 15 y 16); que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 12 de mayo de 1980 al 22 de septiembre de 1992 (según la historia laboral de fls. 17 a 18); solicitó traslado a la sociedad PROTECCIÓN S.A. el 30 de junio de 1995 (fl. 31), se trasladó a COLPATRIA el 8 de enero de 1999 y se trasladó a COLFONDOS S.A. el 15 de agosto de 2000, según se acredita con el historial de vinculaciones de ASOFONDOS; y retornó a PROTECCIÓN S.A. el 26 de noviembre de 2002 (fl. 33).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado el demandante que él es empleado público y el 30 de junio de 1995 el Aeropuerto Olaya Herrera que era el administrador del Olaya, el ultimo día los obligaron a través del secretario general que era como el jefe de personal, a que firmaran y cuando fueron los asesores al aeropuerto, les dijeron que el ISS se iba a acabar y que el fondo privado iban a ser mejor, que si no firmaban no iban a tener derecho a competir en la carrea administrativa. En 1995 recibió visita no solo de PROTECCIÓN S.A. sino de varias entidades porque era una captación de varios empleados públicos para trasladarse a lo que mejor les presentaran. PROTECCIÓN S.A. solo les dio una somera entrevista, les dijeron que si las pensiones las pasaban allá iban a tener una rentabilidad muy buena e iba a ser mucho mejor a lo que tenían con el ISS. Eligió a PROTECCIÓN S.A. porque los obligó el secretario, que era el jefe de personal, porque si no firmaban ese ultimo día iban a tener repercusión en la carrera administrativa, y él firmó creyendo que las cosas iban a mejorar; no les dieron capacitación clara de lo que iba a suceder mas adelante. El Secretario no le dijo que se tenía que afiliar a PROTECCIÓN S.A. sino que tenían que tomar la decisión de acuerdo a lo que les estaba ofreciendo y les mostraba en ese momento PROTECCIÓN S.A.. Que decidió trasladarse nuevamente a PROTECCIÓN S.A. en el año 2002 porque le mostraban que los dineros de la

pensión podían sacar para adquirir una vivienda y él no tenía en ese momento vivienda. Él inició a estudiar su carrera de administración de empresas en 1997. Cuando cumplió los 52 años y hasta el día de hoy nunca tuvo una asesoría. El traslado a Colpatria en 1999 no recuerda cómo se dio, cree que fue por una cuenta de ellos que les iban a cambiar el sistema de pago, pero no se dio cuenta ni supo cómo se trasladó allá. No recuerda haber leído un formulario de afiliación cuando se trasladó a Colpatria. Se trasladó posteriormente porque cada año los asesores hablaban con los superiores y el gerente los llevaba y les decía que firmaran porque iban a tener mejor rentabilidad en cuanto a las pensiones. En el 2013 solicito formulario para cotizar como independiente – contratista, y en el año 2019 fue a Colpensiones a pedir traslado y el año pasado entregó formulario y le contestaron que no se podía trasladar. Antes del 2013 no solicitó asesoría a Colpensiones.

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 aun operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCIÓN S.A. 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 historia laboral, reporte del estado de cuenta, resumen historial laboral, historial de vinculaciones de ASOFONDOS, el formulario de afiliación del 26 de noviembre de 2002, respuestas a requerimiento y derecho de petición, con fecha de emisión del 5 de abril de 2018 y 18 de noviembre de 2019, información de historia laboral, documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales”; concepto 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera; y los comunicados de prensa (documentos anexos a la contestación de la demanda), 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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar a Colpensiones, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado.

Y en lo que respecta a la oposición presentada por Colpensiones, en relación a la declaración de ineficacia de la afiliación con fundamento en el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, la Sala no lo acogerá, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el

traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

*“Así pues, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar, se itera, si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, **dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (SL1688-2019).**” (Negrilla de la Sala)*

Y adicionalmente no se acoge el argumento Colpensiones, porque la ineficacia del traslado puede ser declarada, aún en los eventos, en que el afiliado cuente con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en vista que con esta declaratoria lo que se busca es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual.

2. De los efectos de la ineficacia

- 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 SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de*

administración al Instituto de Seguros Sociales”, y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Por lo tanto, se CONFIRMARÁ la orden dada a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. se trasladar a Colpensiones las cuotas de administración y se ADICIONARÁ la sentencia en el sentido que este concepto debe ser trasladado por las accionadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. debidamente indexadas.

- **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,..”*.

Este concepto deberá ser trasladado a Colpensiones por cada uno de los fondos de pensiones en los que el demandante realizó aportes, de conformidad con lo precisado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2877 de 2020 en la que se dijo: *“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)

Como consecuencia de lo anterior, se ADICIONARÁ la sentencia, en el sentido de ordenarle a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, tales como, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexada, por el tiempo que el demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos.

- Y frente al **porcentaje de garantía de pensión mínima**, considera la Sala que **debe ser devuelto** a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades 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 PROTECCIÓN S.A., por lo tanto es que se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

3. Frente a la prescripción de cuotas de administración

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. por no prosperar el recurso presentado, y costas en la suma de \$454.263 a cargo de Colpensiones por salir avante parcialmente el recurso de apelación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENARLE** a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar las cuotas de administración debidamente indexadas, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENARLE** a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, tales como, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexada, por el tiempo que el demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos.

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

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

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. por no prosperar el recurso presentado, y costas en la suma de \$454.263 a cargo de Colpensiones por salir avante parcialmente el recurso de apelación.

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 : GUSTAVO ADOLFO RUIZ GÓMEZ
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 : 05-001-31-05-013-2020-00096-01
RADICADO INTERNO : 143-21
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

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

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy martes 27 de julio


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-012-2020-00096-01
Radicado Interno 143-21