

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - El traslado es libre y voluntario por parte del afiliado del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) o de cualquier otra administradora del RPM, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. 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.”,

HECHOS: La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual sin solución de continuidad de la demandante; y que esta continúa afiliada al Régimen de Prima Media, se le ORDENE a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, bonos pensionales, aportes obligatorios, cuotas de administración y sumas adicionales con los frutos e intereses que se hubieran causado. En sentencia del 27 de febrero de 2024, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado que hizo la demandante desde el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PROTECCIÓN S.A y de la continuidad en ese régimen y administradora hasta la actualidad; dispuso que la parte actora ha estado vinculada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media y CONDENÓ a Colpensiones a tener a la demandante como su afiliada y consolidar en la historia pensional de ella todo el tiempo cotizado o servido al Sistema General de Pensiones, sólo en el Régimen de Prima Media. El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a PROTECCIÓN S.A. trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima indexado.

TESIS: Se entiende 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. “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.” (...) 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; ...”. (...) 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, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023. (...) En igual sentido (...) “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. 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; 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. (...) 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).”

MP. HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

FECHA: 02/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE : GLORÍA INÉS HERRERA FRANCO
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN
S.A Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-022-2022-00041-01
RADICADO INTERNO : 067-24
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 074

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 **en el grado jurisdiccional de consulta**, 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 del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual sin solución de continuidad de la demandante; y que esta continúa afiliada al Régimen de Prima Media.

Se le ORDENE a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, bonos pensionales, aportes obligatorios, cuotas de administración y sumas adicionales con los frutos e intereses que se hubieran causado.

Se le ORDENE a Colpensiones a recibir todos los dineros que sean trasladados por PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación al Régimen de Prima Media de la demandante y a tener en cuenta todo el tiempo cotizado por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual y validarlo como semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media. Y se condene a las demandadas al pago de las costas.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que la demandante nació el 1º de noviembre de 1964; se afilió al ISS el 1º de julio de 1986 y allí cotizó 343.57 semanas; se trasladó de régimen pensional y empezó a cotizar en PROTECCIÓN S.A. en enero de 2002; que el traslado de régimen se dio porque el asesor de PROTECCIÓN S.A. le informó que el ISS estaba quebrado y su mesada pensional iba a ser más alta; al momentos del traslado no le dieron información de las consecuencias del traslado no le informó las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Que en enero de 2002 por iniciativa propia, le solicitó a la sociedad PROTECCIÓN S.A. le realizara la proyección de la pensión en ambos regímenes pensionales, y de la respuesta dada se extrae que en el Régimen de Ahorro Individual su mesada pensional a los 58 años sería de \$1.000.014 y en el Régimen de Prima Media sería de \$1.793.445; que solo hasta el mes de enero de 2022, la accionada PROTECCIÓN S.A. le dijo que su mesada pensional dependía de la edad, grupo familiar, expectativa de vida, capital acumulado y tasa de rentabilidad.

El 14 de enero de 2022, le solicitó a Colpensiones el traslado del Régimen de Ahorro Individual, generándose la negación por improcedente, dado que le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda aceptó la fecha de nacimiento; la afiliación al ISS; el traslado al Régimen de Ahorro Individual; la reclamación elevada a Colpensiones y la respuesta recibida. No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a todas y cada una de

las pretensiones de la demanda. Presentó como excepciones, las de carga dinámica de la prueba – particularidades del caso; sobre la solicitud judicial de traslado de régimen pensional de quienes ostentan el estatus de pensionado; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación; prescripción; devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados; buena fe, improcedencia de condena en costas y compensación (expediente digital 11).

La accionada PROTECCIÓN S.A. en su contestación acepta la fecha de nacimiento de la demandante; la solicitud elevada para realizar las proyecciones pensionales y las mesadas proyectadas. No le consta la afiliación al ISS; la solicitud elevada a Colpensiones ni la respuesta dada por dicha entidad. No son ciertos los hechos restantes, pero aclara que según el historial de vinculaciones del SIAFP, el traslado de régimen pensional se dio en agosto de 1994 y su efectividad fue a partir de septiembre de 1994. Se opuso a las pretensiones de la demanda. 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; 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 la prima del 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; genérica (expediente digital 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 27 de febrero de 2024, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado que hizo la demandante el 23 de agosto de 1994 o desde enero de 2002 desde el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PROTECCIÓN S.A y de la continuidad en ese régimen y administradora hasta la actualidad; dispuso que la parte actora ha estado vinculada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media y CONDENÓ a Colpensiones a

tener a la demandante como su afiliada y consolidar en la historia pensional de ella todo el tiempo cotizado o servido al Sistema General de Pensiones, sólo en el Régimen de Prima Media.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar al Régimen de Prima Media a la ejecutoria de dicha providencia, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, que incluyan aportes y rendimientos; también a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la providencia, de sus propios peculios y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibió de la parte accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir y/o a cobrar esos dineros. Determinó que obligaciones de PROTECCIÓN S.A. incluyen las de reportar a Colpensiones todos los datos de la historia pensional de la parte actora. Condenó a PROTECCIÓN S.A. en costas en favor del demandante, sin costas ni a cargo ni en favor de Colpensiones.

El presente asunto se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en aplicación del art. 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones en sus alegatos, se opone en primer lugar a la obligación de Colpensiones de recibir a los afiliados que judicialmente deben trasladarse al Régimen de Prima Media sin consideración de las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan y a tener que asumir una defensa técnica pese a no haber hecho parte de la relación jurídica sustancial

En segundo lugar, frente a la voluntad de la parte actora de poder trasladarse de un régimen a otro, se trata de un derecho que ejerció al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, lo que se trata de un hecho ajeno a Colpensiones y con base en la restricción del art. 2º de la Ley 797 de 2003, advirtiendo, que dicha restricción que tiene razón de ser, porque Colpensiones

no ha establecido un capital para el debido reconocimiento y pago de una pensión en el futuro.

En tercer lugar, frente a la afirmación de la parte accionante, cuando señala que la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios en el consentimiento, ausencia de consentimiento informado, el abuso de la posición contractual y la manipulación de la información, eso lleva a que se analice la carga dinámica de la prueba, donde la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento, exigencia que no ha podido ser acreditada por los fondos porque solo cuenta con los formularios de afiliación; referente al contrato de afiliación, se debe indagar la real intención deriva de este acuerdo de voluntades y la intención del demandante al trasladarse, si el contrato era lícito; considera que la forma como se exterioriza la voluntad es por medio de la firma en la aceptación en el formulario de afiliación; al tratarse la afiliación de un contrato inter partes, los demandantes tiene obligaciones consagradas en el Decreto 2555 de 2010.

Hace referencia al desconocimiento que se ha dado, frente a las etapas cómo los fondos del RAIS deben proporcionar al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna y que corresponden: Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; Tercera etapa: La Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; por lo tanto, si dicha información no fue proporcionada por las AFP, omitiendo la información de forma parcial o total, serían ellas las implicadas en el reconocimiento de la prestación económica de la demandante a futuro y no Colpensiones. Invoca la sostenibilidad financiera del sistema, que está consagrado en el art. 48 de la Constitución Política.

En cuarto lugar, solicita no se condene en costas a su representada, ya que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la parte actora y la demandada PROTECCIÓN S.A.

En caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicita que PROTECCIÓN S.A. devuelvan a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como son: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y como lo estableció en su momento las sentencias 68838 de 2019, que remite a las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019, de forma indexada.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **grado jurisdiccional de consulta**: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a PROTECCIÓN S.A. trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima indexado.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 1º de noviembre de 1964 conforme se extrae la cedula de ciudadanía de fl 01 del expediente digital 02; cotizó al ISS desde el 1º de julio de 1986 al 16 de octubre de 1990 (fls. 55 a 59); y conforme el historial de vinculaciones del SIAFP solicitó traslado a PROTECCIÓN S.A. el 23 de agosto de 1994 y el traslado se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1994 (fl. 42 del expediente digital 13).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que está desempleada y no hace aportes al sistema pensional; que el traslado realizado en el año 2002 del ISS a PROTECCIÓN S.A. se dio porque fueron a la oficina donde laboraba, el asesor hizo la reunión con 12 personas y les informó que el ISS estaba en quiebra y PROTECCIÓN S.A. les podía pagar una pensión más elevada; no fue al ISS a validar esa información; no se sintió coartada por jefe o por asesor de PROTECCIÓN S.A. para firmar el formulario de afiliación; el asesor era el que diligenciaba el formulario; el

asesor no le dijo que iba a pasar con el dinero que tenía en el ISS; el motivo para retornar a Colpensiones porque PROTECCIÓN S.A. no le dijo como se iba a pensionar con ellos y según el derecho de petición elevado le dijeron cómo era su pensión, y la pensión con el ISS es más alta; que no le ha solicitado a PROTECCIÓN S.A. el reconocimiento de la pensión; acepta haber firmado el formulario de afiliación; los asesores no le informaron que se podía pensionar en forma anticipada; asegura haberse trasladado a PROTECCIÓN S.A. en el año 2020 porque en ese año ingresó a trabajar en Indeportes Quindío y ella miró en la historia laboral y evidencia aportes en 1994 pero de eso ella no tiene conocimiento.

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; ...”

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

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, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

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 (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

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 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 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. PROTECCIÓN S.A. aportó como pruebas constancia de afiliación de la demandante; resumen de historia laboral; historial de vinculaciones del SIAFP; reporte de estado de cuenta; historia laboral; documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales”; concepto de la Superintendencia Financiera del 29 de diciembre de 2015; comunicados de prensa (expediente digital 13), 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.**

Y frente 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)*

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.

Y la sentencia 3034 de 2021 señaló al respecto *“Así mismo, es un desaguado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir SA en el año 2000, con lo cual, se desdibujó por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).”*

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 la orden dada a PROTECCIÓN S.A. a trasladar al Régimen de Prima Media los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, que incluyan aportes y rendimientos.

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:

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

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, entendiéndose 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

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).”

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 de 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)*

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el Régimen de Prima Media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros

con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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)”*

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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, SL 1688 de 2019, SL 1465 de 2021, SL1949-2021, y SL 4063 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 RPM 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.”

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que:

- Se CONFIRMARÁ la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos financieros y las cuotas o gastos de administración del art. 20 de la Ley 100 de 1993 que comprenden "... los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.", y que fueron ordenados en primera instancia.
- ADICIONAR la sentencia advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.
- ADICIONAR los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a si propio patrimonio.

Sin costas en esta instancia por ser conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

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, **ORDENÁNDOLE** a PROTECCIÓN S.A., trasladar a Colpensiones:

- Advertir que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.
- Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a si propio patrimonio

SEGUNDO: CONFIRMAR, la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: 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



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



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	: GLORÍA INÉS HERRERA FRANCO
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-022-2022-00041-01
RADICADO INTERNO	: 067-24
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA 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/162> 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 02 de mayo de 2024 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 02 de mayo de 2024 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario