

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: JOSE ALIRIO REINA MUÑOZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	: UGPP
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-018-2020-00429-01
RADICADO INTERNO	: 328-22
DECISIÓN	: ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 353

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada a PROTECCIÓN S.A, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría. Y se DECLARE que el traslado de régimen pensional no se dio de manera libre y voluntaria tal como lo exige el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y que PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A, no informaron sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo. De acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el

artículo 12 del Decreto 720 de 1994, y como consecuencia PORVENIR S.A, actual fondo de pensiones del demandante, debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, quien debe activar la afiliación, en el régimen de prima media con prestación definida, y recibir el traslado de los aportes.

En consecuencia, solicita se CONDENE a PORVENIR S.A, a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, y a enviar COLPENSIONES, el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia traslado y de la afiliación. Se CONDENE a COLPENSIONES, a activar la afiliación del demandante en el RPM, y aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de actor, mas las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 29 de marzo de 1957 y estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida cuándo fue trasladado a Colmena hoy Protección S.A el 01 de octubre de 1999. Que el 01 de agosto de 1995 se dio de alta la afiliación en pensiones con la sociedad Protección S.A. trasladándose desde el régimen de prima media el cual es hoy administrado por Colpensiones. Que la sociedad Colmena S.A, y Porvenir S.A al momento de afiliar al demandante no le brindó la información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad. Que el 01 de octubre del 2001 se trasladó desde Protección S.A a Porvenir S.A, y al momento de afiliarlo no le brindó tampoco la información adecuada y completa pues omitió brindarle la información suficiente acerca del régimen de ahorro individual sin que pudiera tener un comparativo de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen. Que a la fecha se encuentra afiliado con Porvenir S.A. el 30 de noviembre del 2020 radicó reclamación ante Colpensiones en la que solicita la nulidad del traslado y la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media, recibiendo respuesta negativa el 02 de diciembre de 2020. Que el 30 de octubre del 2020 elevó solicitud a Porvenir de anulación de la afiliación, sin que hubiera dado respuesta y el 29 de octubre del 2020 solicita a Protección S.A igualmente la anulación de la afiliación, recibiendo respuesta negativa el 03 de noviembre de 2020.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la reclamación presentada ante dicha entidad y la respuesta negativa dada a la misma, y frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de falta de integración de litis consorcio necesario por pasiva, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración- seguros previsionales, comisiones indexados, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe, compensación.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Al dar respuesta a la demanda acepta que el demandante se encuentra afiliado a dicha entidad, y respecto a los demás hechos manifiesta que no acepta ninguno de ellos, se opuso a la totalidad de las pretensiones, y propuso como excepciones la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

RESPUESTA PROTECCION S.A

Al dar respuesta a la demanda acepta que la fecha de nacimiento del demandante, la petición presentada ante dicha entidad y la respuesta suministrada a la misma, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP PORVENIR S.A, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, y la innominada o genérica.

RESPUESTA UGPP

Esta entidad luego de haber sido integrada al proceso mediante auto del 21 de abril de 2021, y una vez notificada la misma procedió a dar contestación manifestando que no le constan ninguno de los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 19 de octubre de 2022, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor JOSE ALIRIO REINA MUÑOZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A, ORDENÓ a PORVENIR S.A, efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que el demandante realizó aportes en el Régimen de Ahorro individual a COLPENSIONES. ORDENO a COLPENSIONES, reactivar la afiliación del señor JOSE ALIRIO REINA MUÑOZ, y recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones. DECLARÓ infundada la excepción de prescripción, y CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A y a favor de la parte demandante, y fijó como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, al momento de la liquidación.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, **la apoderada de Porvenir S.A** interpuso recurso de apelación solicitando revocar en su integridad del fallo y argumentando para ello referente a la declaratoria de la ineficacia que la vinculación al régimen de ahorro individual fue válida y eficaz toda vez que el actor aceptó que sí tuvo una asesoría que se realizó de manera verbal y que procedió a firmar el documento exigible para la época cómo era el formulario de afiliación el cual suscribió primero con Colmena y luego con Porvenir, acto este que realizó de forma libre y voluntaria cómo lo señala en el interrogatorio de parte. Que además se debe analizar los requisitos que se exigían para la afiliación al momento en que se realizó dicho traslado y no como lo ha dispuesto la jurisprudencia a partir del año 2008 pues indica que conforme la primera fase del deber de información se cumplió con el mismo y el demandante se vinculó a la entonces Colmena de manera libre y voluntaria,

no hubo ninguna coacción ni por parte de los asesores de las administradoras que pudiera afectar su derecho a la libre elección de régimen pensional. pues este de manera libre y voluntaria eligió que quería permanecer al régimen de ahorro individual. Qué además el traslado horizontal con Porvenir indica que estuvo de acuerdo en permanecer en el régimen de ahorro individual, que nunca mostró ninguna inconformidad dentro del régimen pues la misma solo se viene a presentar cuando se encuentra inmerso la prohibición legal de traslado. Que se debe tener en cuenta también que permaneció dentro del régimen y realizó las debidas cotizaciones aceptando la correcta administración de los recursos que tuvo Porvenir durante todos estos años por lo que considera que el hecho que en la actualidad el demandante quiera trasladarse a Colpensiones porque está le conviene más no es razón para que se salte la ley en el sentido de acceder a este tipo de traslados toda vez que durante más de 20 años se encontró conforme con la filiación. Qué no resulta coherente que se obligue a los fondos privados brindar otro tipo de información o documentos diferentes al formulario de afiliación cuándo es cierto que esto es un imposible jurídico por haber transcurrido tantos años después de la afiliación. Que tampoco es coherente que se imponga la indexación de las sumas a trasladar pues indica que, si se está declarando la ineficacia de traslado y todo se retrotrae a su estado original, no se debería condenar indexar las sumas porque las mismas se están devolviendo en su integridad precisando de más que si se devuelven los rendimientos financieros con ellos estarían cubriendo las mismas. Por lo anterior solicita revocar la sentencia de primera instancia y absorber a la entidad de todas las condenas impetradas en su contra y en caso de que se confirme la sentencia solicita se revoque la condena de devolver los dineros que tiene que devolver indexados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la UGPP manifiesta que el Acto Administrativo demandado, conserva incólume su presunción de validez y surte plenamente sus efectos en el mundo jurídico, puesto que esta no ha sido desvirtuada por la demandante, toda vez que los mismos no contienen vicio alguno que conlleve a su anulación, ya que fueron expedidos por la autoridad competente, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, tanto los motivos en los que se fundan como la motivación que en ellos se lee son consistentes

y congruentes con las normas superiores en las que se erigen, por lo tanto los vicios que se le imputan carecen de fundamento de acuerdo a los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

Que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca el derecho consagrado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley; Lo anterior significa que los afiliados son libres de elegir el régimen que crean más conveniente para sus intereses, y que tanto CAJANAL y la UGPP, como los fondos privados de pensiones deben respetar la libre autonomía de la voluntad privada de estos, y gestionar su traslado sin la interposición de trabas o trámites que la misma Ley no haya dispuesto ni previsto para tal fin, previa la verificación de los requisitos de traslado, es así como al no existir disposición al interior del ordenamiento jurídico, Constitución, Ley, Decreto, Acto administrativo que imponga la obligación a CAJANAL de asesorar a los afiliados que deseen trasladarse del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, hay una imposibilidad lógica de querer derivar responsabilidad por omisión cuando no existe precepto jurídico que imponga correlativamente una obligación a dicha entidad en tal sentido, de tal suerte que sin la existencia de disposición normativa que radique en cabeza de la UGPP una obligación de hacer, no puede hablarse de ser responsable de haber omitido una obligación inexistente, teniendo lugar una relación de necesidad y dependencia lógica entre el deber legal y la omisión.

Que por lo anterior se puede concluir que no es la UGPP la legitimada por pasiva para reconocer el derecho de la demandante.

El apoderado de Colpensiones indica se debe revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto es improcedente autorizar el traslado del accionante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al del Régimen del Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por COLPENSIONES, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, a quienes les faltare menos de 10 años para pensionarse, se encuentran impedidos para efectuar dicho traslado.

Que además hay que tener en cuenta que se está en presencia de una situación fáctica y jurídica totalmente ajena a Colpensiones, cuyo actuar siempre estuvo ajustado a derecho y el traslado de régimen no le es imputable a dicha entidad, sino a decisión y voluntad de la demandante, plasmada con su firma en el documento de afiliación que obra en el proceso. Que la demandante bien pudo haber acudido a Colpensiones para solicitar asesoría y no lo hizo. Bien pudo haber preguntado si tenía dudas, o requerimientos al Fondo privado al cual hizo su traslado, y nada de esto hizo, por consiguiente, no hay vicio del consentimiento, y se garantizó su libre escogencia de régimen, lo que conlleva a que no se acceda a las pretensiones de la demanda, máxime que tampoco procede su intención de trasladarse estando a menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión tal como lo proscribe la Ley y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En caso de que se confirme la sentencia de primera instancia, solicita se confirme con respecto a la devolución de las cuotas de administración, pero se solicita, se adicione la sentencia en el sentido de ordenar dicha condena con la respectiva indexación, de conformidad con lo establecido en la sentencia SL 1689 de 2019.

La apoderada de la parte demandante presenta alegatos solicitando se confirme la sentencia de primera instancia y reiterando para ello los argumentos ya expuestos relacionados con la falta del deber de información a cargo de las AFP del RAIS.

El apoderado de Porvenir presenta alegatos de conclusión y señala con respecto a la ineficacia del traslado que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

Que la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que

siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Que, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de

administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

Que además toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y que por lo tanto se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Así mismo indica que no debe ser condena en costas por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe.

El apoderado de Protección S.A manifiesta que teniendo en cuenta las recientes sentencias en segunda instancia que ha emitido el Tribunal Superior de distrito adicionando a las declaraciones de ineficacia, la devolución o pago de reaseguros o FOGAFÍN, y previendo que ocurra lo mismo en el proceso de la referencia, indica que ello no es procedente por lo siguiente:

En primer lugar, la figura de reaseguro es un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora (cedente) pasa a ser asegurado de otra entidad aseguradora (reaseguradora), contrato que no se configuro durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante a dicha entidad, por lo que no hay efecto alguno que retrotraer para el caso concreto. Adicionalmente, no existen en los cobros realizados por Protección, como gastos de administración a título de reaseguros durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante, ya que como se expuso, es una figura distinta a la establecida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que fija que tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional para financiar las pensiones de sobrevivencia y/o invalidez.

En segundo lugar, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFÍN es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en depósitos electrónicos (SEDPES) que, por obligación, están inscritos en FOGAFÍN. Dicho Fondo fue creado en 1985 para enfrentar la crisis financiera que por esa época afectaba al país, en ese momento intervino en el proceso de capitalización del sistema financiero. Años más tarde, FOGAFÍN estuvo en el centro de la solución de la crisis financiera de finales de los noventa. Para ese entonces ejecutó el programa de salvamento del Gobierno Nacional focalizado en atender las dificultades que afrontaban los establecimientos de crédito y los ahorradores del sistema.

En concordancia con lo anterior, el seguro de depósitos que es manejado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, se encuentra regulado en la actualidad por la Resolución 05 de 2009, norma que derogó la regulación anterior contenida en la Resolución 01 de 2009. La Resolución 1 de 2009 derogó, a su turno, las Resoluciones 1 de 1988, 2 de 1989, 2 de 1991, la 2 de 1992, 2 de 1993, 2 de 1996, 1 de 1997, 1 de 1998, 2 de 2000, 5 de 2000, 3 de 2001, 2 de 2005, 1 de 2006, y los numerales I y II y el Anexo I de la Circular Externa número 007 de 2002.

Que no obstante la derogatoria de la citada Resolución 01 de 2009, el párrafo del artículo 20 de la Resolución 05 de 2009 dispone que dicha Resolución 01 continuará rigiendo para efectos de la devolución de primas y cobro de prima adicional de los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización, correspondientes al año 2009, así como, para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellas. Nótese que, en ningún contenido de dicha resolución, se mencionan las entidades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, obedeciendo esto a lo que más adelante estipularía el artículo 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, la cual dispuso la eliminación de la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en

el FOGAFÍN, ordenando además el traslado de las reservas existentes al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas.

Que una eventual sentencia por este rubro estaría ordenando a PROTECCIÓN el traslado a Colpensiones de un concepto completamente derogado por la normatividad que lo regula, y que además por disposición normativa fue girado al tesoro nacional, y asumido por la propia Administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 100 de 1993, y que nunca se descontó de la cotización a pensión de los afiliados, estando así completamente infundado dicho concepto.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 29 de marzo de 1957, (fls 25 PDF 02), cuando se encontraba vinculado a la rama Judicial se trasladó a la AFP COLMENA de forma efectiva a partir del 01 de agosto de 1999, a ING el 01 de abril de 2000, a Porvenir S.A desde el 01 de octubre de 2001, (fls 68 de la contestación de Porvenir S.A)

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se trasladó a Colmena en el año 1999 cuando llegaron unos promotores a la oficina donde trabajaba a ofrecerles el cambio porque con el fondo privado quedaba pensionado al 100%, esto es, que quedaba devengando el mismo salario que devengaba como pensión, que no conocía otros fondos privados diferentes a Colmena, que no conocía los requisitos para pensionarse con el ISS porque en este entonces estaba en Cajanal, que nunca recibió extractos ni información pensional, que con el tiempo vino a saber que

era mas rentable la pensión en el seguro social, que se trasladó a Porvenir en el año 2001 porque le dijeron que era mejor ese fondo, porque daban otras garantías y que tenían convenios, en compras, en viajes, y en turismo, pero que no recuerda bien porque hace mucho tiempo.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA

RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**”. (Resalto fuera del texto)

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611,

2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada COLMENA S.A, hoy PROTECCION S.A, no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de vincularse a dicha entidad **en el año 1999**, 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 genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

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

afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Ahora, el argumento de Porvenir S.A relacionado con la improcedencia de la ineficacia del traslado por los varios traslados realizados dentro del mismo régimen no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la información brindada se debe de analizar es para el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por Colmena S.A. en el año 1999 y no en los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral (permanente), SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló lo siguiente:

*“Por último, considera también la Sala que **la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).**” (Resalto de la Sala)*

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Al respecto se extrae lo siguiente:

“6. Precedente de la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte en relación con la ineficacia del traslado y el cumplimiento del deber de información.

6.1. La Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte tiene fijado un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de ellas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin que puedan tomar decisiones debidamente informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020 y CSJ SL4806-2020).

*6.1. (sic) Además, la Sala de Casación Laboral ha precisado que el análisis probatorio se dirige a determinar si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el deber de información, **sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar.***

Desde esta perspectiva, se ha señalado insistentemente que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información (CSJ SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021).

En la misma línea argumentativa, ha sostenido que la actuación viciada por falta de información, en materia de traslados del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen, CSJ SL3199- 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 confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

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

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

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

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de*

administración al Instituto de Seguros Sociales"; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

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

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

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

Y la prima de reaseguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del

tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

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

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

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Média. 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.”

Ahora, de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de 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.**

Por lo anterior lo legal y pertinente será ADICIONAR Y CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de 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,** según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTANO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-018-2020-00429-01
Radicado Interno 328-22



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	: JOSE ALIRIO REINA MUÑOZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	: UGPP
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-018-2020-00429-01
RADICADO INTERNO	: 328-22
DECISIÓN	: ADICIONA 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/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 13 de diciembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 13 de diciembre de 2022 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO