

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, primero (01) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: FLOR ÁNGELA ZAPATA SEPÚLVEDA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2019-00776-01
RADICADO INTERNO	: 316-22
DECISIÓN	:REVOCA PARCIALMENTE, ORDENA, ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 337

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.

De conformidad con el poder general otorgado por el Dr. JAVIER EDUARDO GUZMÁN SILVA (en calidad de representante legal suplente de Colpensiones), a la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.; y de conformidad con la sustitución del poder que se allega al correo electrónico, por parte de la Dra. MARICEL LONDOÑO RICARDO (en calidad de representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.), se reconoce personería jurídica para representar los intereses de Colpensiones, al Dr. DANIEL MATEO ORTIZ GONZÁLEZ, por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE que la afiliación realizada por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual, que se hizo efectiva a partir del mes de julio de 2000, es ineficaz, y por lo tanto, no produce efecto jurídico alguno, al haber estado precedida de una información amañada, incompleta y omisiva pro parte de las entidades, lo que conlleva a la nulidad de dicho traslado de régimen pensional, y como consecuencia, se declare válida, vigente y sin solución de continuidad, la afiliación al Régimen de Prima Media; se declare que a la demandante le asiste el derecho a regresar al Régimen de Prima Media y por tanto, esta entidad se encuentra en la obligación de recibir el reintegro de todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual que el demandante tenía en PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. por concepto de cotización obligatoria, rendimientos y demás emolumentos , para que dichos ingresos sean computadas las semanas requeridas para causar el derecho pensional; se declare que es Colpensiones la entidad competente continuar recibiendo las cotizaciones efectuadas por la demandante hasta que se cause y se haga exigible el derecho pensional.

Se CONDENE a PORVENIR S.A a efectuar la devolución a Colpensiones, de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotización obligatoria, rendimientos, incluyendo los gastos de administración y demás emolumentos, teniendo en cuenta que las 7 semanas cotizadas a PROTECCIÓN S.A, esos dineros ya están en poder de PORVENIR S.A

Se le ORDENE a Colpensiones, a aceptar el regreso de la demandante al Régimen de Prima Media y a recibir los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que la demandante tenía en PORVENIR S.A, conformados por cotización obligatoria, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos. Se condene a las accionadas a pagar las costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que nació el 30 de enero de 1964; estuvo afiliada a Colpensiones desde febrero de 1995 al mes de junio de 2000, contabilizando un total de 227 semanas

cotizadas hasta el traslado de régimen pensional. El traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual se hizo efectivo el 1º de julio de 2000 en el fondo de pensiones ING hoy PROTECCIÓN S.A, y en dicho fondo de pensiones solo reportó 7 semanas de cotizaciones para luego trasladarse a la sociedad PORVENIR S.A, en donde ha cotizado un total de 978 semanas.

El traslado realizado a las sociedades PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A se realizó porque los asesores le manifestaron que el ISS se iba a acabar y no se alcanzaría a pensionar, razón por lo que accedió a firmar el formulario, advirtiéndolo que firmó el formulario sin tener conocimiento de las implicaciones del traslado, y se omitió darle información. El 3 de agosto de 2018 le solicitó a PORVENIR S.A simulación pensional, obteniendo como respuesta que en caso de cotizar hasta los 57 años su mesada sería el salario mínimo y la mesada pensional en el Régimen de Prima Media sería de \$2.739.000 a los 58 años de edad. Señala que PORVENIR S.A desatendió el deber de proporcionar información completa y comprensible al demandante de los beneficios y desventajas del traslado. Que, conforme a lo anterior, la suscripción del formulario no corresponde a una manifestación libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional.

Que al realizar el cálculo de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media, esta ascendería a la suma de \$2.728.911 a los 58 años de edad, teniendo en cuenta para su liquidación un IBL de \$4.328.857 y una tasa de reemplazo del 63.04% sobre 1300 semanas cotizadas. Por la ausencia absoluta de una asesoría, por parte de PORVENIR S.A, dicha entidad indujo en un error al demandante al no suministrar información completa, clara y fehaciente de las consecuencias del traslado. Y con base en las proyecciones pensionales señala que la mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual no le garantizaría su congrua subsistencia con el nivel y calidad de vida que ha tenido. El 10 de octubre de 2018, el actor solicitó a Colpensiones el traslado y consecuente regreso al Régimen de Prima Media, y en igual forma se intentó el traslado por medio de la acción de tutela, el cual negado por ser improcedente.

RESPUESTA A LA DEMANDA

Colpensiones en la contestación manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento; la afiliación al Régimen de Prima Media; y la solicitud de traslado elevada a Colpensiones. Considera que las afirmaciones relativas a la falta de información completa y comprensible por parte de PORVENIR S.A.; que la suscripción del formulario de afiliación no corresponde a una manifestación libre y voluntaria; la mesada proyectada en el fondo privado no le garantiza una congrua subsistencia; la afirmación relativa al mínimo vital; y el deber de los jueces de garantizar el mínimo vital, no son hechos sino valoraciones subjetivas. En relación a los demás hechos, señala que no le constan. Y se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda (fls. 153 a 160 expediente digital 01).

En la contestación de la demanda, PROTECCIÓN S.A. acepta como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado a ING hoy PROTECCIÓN S.A.. No le consta que la demandante hasta estado afiliada al ISS en los extremos señalados; que al momento del traslado a PORVENIR S.A. haya existido falta absoluta de asesor y se haya omitido dar información; la proyección realizada de las mesadas pensionales en ambos regímenes; que PORVENIR S.A. haya desatendido el deber de proporcionar información completa y comprensible; el valor de la mesada pensional proyectada en el Régimen de Prima Media; la inducción al error de PORVENIR S.A. por ausencia de asesoría al momento de la afiliación; que ante la ausencia de asesoría por parte de PORVENIR S.A., no le suministraron a la demandante información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta ni le informaron las ventajas y desventajas del traslado; que el traslado a PORVENIR S.A. no solo haya estado soportada en información incompleta sino también en una incorrecta proyección de su calidad de vida; ni le consta la solicitud elevada a Colpensiones el 10 de octubre de 2018. La afirmación que el estado y los Jueces deban garantizar el mínimo vital, no se trata de un hecho sino una apreciación subjetiva. Los demás hechos no son ciertos, aclarando que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 2 de mayo de 2000.

Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 02).

La accionada PORVENIR S.A. al dar respuesta dijo que es cierta la proyección de la mesada pensional realizada por dicha entidad. No le consta la fecha de nacimiento de la demandante; la afiliación al Régimen de Prima Media; lo referente a la afiliación de la actora a la AFP PROTECCIÓN S.A., por cuanto se trata de cotizaciones efectuadas ante una entidad ajena a PORVENIR S.A., que se desconoce, motivo por el cual se adhiero a lo que se pruebe dentro del proceso; la proyección de la mesada pensión en el Régimen de Prima Media ascienda a la suma de \$2.728.911; que con la mesada pensional del fondo privado no pueda garantizar la demandante su congrua subsistencia y que con ella se atente contra el mínimo vital; que la mesada pensional del mínimo legal no se compadece con los IBC sobre los cuales aportó; y no le consta la solicitud elevada a Colpensiones. No son ciertos los hechos restantes. Y se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (expediente digital 10).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 1º de septiembre de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en el año 2000 con destino a la AFP SANTANDER, posteriormente ING hoy PROTECCIÓN S.A., y su posterior traslado intra-régimen en el año 2001 a la AFP PORVENIR S.A.; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones sin solución de continuidad.

CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar los dineros con destino a Colpensiones, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con sus respectivos rendimientos financieros, se exceptúan de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y prima de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte. Estos dineros deberán ser trasladados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia.

CONDENÓ a Colpensiones a validar la afiliación de la demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener

en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

Las excepciones propuestas por las codemandadas las declaró no probadas, salvo las excepciones de BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS propuesta por COLPENSIONES, y de oficio, la de INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE devolver cuotas de administración y prima del seguro previsional a favor de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de oficio a favor de la AFP PORVENIR.

CONDENÓ en costas a AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante. Se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpone recueros de apelación, solicitando que en el evento de considerar la procedencia de la declaración de ineficacia se modifique la sentencia y se ordene a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones realizadas por la demandante sin descuento alguno, es decir, que además de los aportes y rendimientos, se traslade el valor de todos los gastos de administración, las cuotas de seguro previsional a las que se hizo descuento durante el tiempo que estuvo afiliada a cada una dichas administradoras, ello con base en que resulta inoponible a terceros lo relacionado a la ineficacia del traslado y como dicha inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, en el caso de Colpensiones, se consolida en el tiempo que la afiliada pertenecieron al Régimen de Ahorro Individual, y adicionalmente porque la inoponibilidad jurídica busca la protección de los intereses patrimoniales de terceros y por ello tiene alcance en el principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reserva pensional en el Régimen de Prima Media, debiendo ser analizadas la proporcionalidad de las medidas adoptadas con la declaratoria de la ineficacia del traslado y en ese sentido se adopten decisiones donde la AFP sea quien asuma la carga económica derivada del traslado dado que los dineros trasladados del Régimen de

Ahorro Individual los devuelvan conforme a un estudio actuarial que determine que con ello se cubran las prestaciones económicas. Y aunado a lo anterior señala que las sentencias hito y SL 4989 de 2018, SL 1688 de 2019 con las que se sustenta la declaratoria de la ineficacia del traslado de la Corte Suprema de Justicia y las sentencias SU 062 de 2010, SU 130 de 2014, se ordenó a los fondos privados que, con cargo a su patrimonio, la devolución de la totalidad de las cotizaciones sin operar el descuento de las cuotas de administración ni seguros previsionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones solicita sea revocada la sentencia dado que en este caso la libertad de escogencia de régimen pensional contemplado en los literales b) y e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, quedó acreditado al haber sido aceptado por la demandante que el fondo le suministro una información suficiente que le genere un grado de confiabilidad que la lleve a optar por pertenecer a dicho régimen, le informaron la posibilidad de que su capital ahorrado fuera heredable, la posibilidad de pensionarse anticipadamente y sobre los rendimientos que recibiría. Se opone a la censura que las administradora del Régimen de Ahorro Individual, no hayan proporcionado a la demandante una información suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones del traslado, pues ello desconoce que el deber de información ha tenido varias etapas, por lo tanto, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para el año 2000, pues de lo contrario se desvirtúa el principio de confianza legítima.

En relación a la carga de la prueba considera que en cabeza del afiliado recaen responsabilidades y deberes mínimos, tales como el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema pensional, aprovechar los mecanismos de divulgación de información que suministren los fondos, emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, y el silencio en el transcurso del tiempo se debe entender como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado, con lo

que concluye que la obligación de información no recae exclusivamente en las AFP y más cuando en este evento la demandante manifiesta que solo transcurridos 20 años de su afiliación al RAIS esta se viene a interesar por su situación pensional.

Se opone al traslado al Régimen de Prima Media al haber superado la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, teniendo como sustento la sentencia C 1024 de 2004. Aunado a lo anterior, la ineficacia o nulidad, resulta inoponible frente a terceros de buena fe como lo es Colpensiones teniendo como sustento lo señalado en el recurso de apelación.

En caso de ser confirmada la procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, solicita se modifique la sentencia y se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones el valor del 100% del aporte realizado por la demandante, como son los aportes, rendimientos y el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, traslade las cuotas de administración y los valores descontados por cuotas de seguro previsional, durante el tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha administradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas; y se adicione la sentencia condenando PORVENIR S.A. a trasladar los valores descontados por cuotas de seguros previsionales y todos los gastos de administración a que hubo lugar durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada la AFP SANTANDER e ING sumas que deberán ser debidamente indexadas con cargo a su propio patrimonio con base en lo plasmado en la sentencia SL 81.989 de 2008 y demás sentencias invocadas en el recurso de apelación.

El apoderado de Porvenir S.A, indica en síntesis que no es procedente la indexación de las sumas que deben trasladarse a Colpensiones, y tampoco es procedente la devolución de los gastos de administración al ser deducidos por autorización legal, las cuales fueron utilizadas para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado, indicando además que ello

implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, y que las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **del recurso de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la sentencia y condenar a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones realizadas sin descuento, ello es, que además de los aportes y rendimientos, traslade los gastos de administración y las cuotas del seguro previsional.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, que se encuentran conformados por *“... 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.”*, debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes a cada uno de dichas administradoras de pensiones.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993, no tenía 35 años de edad al haber nacido el 30 de enero de 1964 (fl 35 del expediente digital 01); cotizó al ISS hoy Colpensiones, desde el 1º de febrero de 1995 al 30 de junio de 2000 (fls. 37 a 41); solicitó traslado a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 2 de mayo de 2000 y se trasladó a PORVENIR S.A. el 24 de agosto de 2001 (fl. 81 del expediente digital 01 y fl. 40 del expediente digital 02).

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 en el año 2000 se afilió a la sociedad SANTANDER y un año después se trasladó a PORVENIR S.A. porque la sociedad SANTANDER se acabó; no tuvo acercamiento con un asesor de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado sino con SANTANDER; se trasladó de ING a PORVENIR S.A. porque el asesor fue a la oficina y en forma individual les informaron que el ISS se iba a acabar y no era conveniente seguir en el ISS y la mejor opción era trasladarse a PORVENIR S.A. y con este fondo si a ella le pasaba algo le pasaban a los herederos que eran su esposo, su hija y sus tres sobrinas y en el ISS la pensión se terminaría. El formulario de PORVENIR S.A. fue diligenciado por el asesor, no lo leyó pero contestó las preguntas que el asesor le hacía; la afiliación a PORVENIR S.A. fue libre y voluntaria. En el año 2018 solicitó a PORVENIR S.A. la proyección y se sintió engañada porque el ISS no se acabó y la diferencia de la mesada al momento de pensionarse era notoria porque la diferencia entre las mesadas sería \$2.000.000; antes de cumplir 47 años de edad no solicitó traslado a Colpensiones por desconocimiento; no conoce los requisitos para pensionarse en Colpensiones; no tiene conocimiento que su aportes generaban rendimientos en PORVENIR S.A.; no conoce que es el bono pensional; cuando se trasladó del ISS a PROTECCIÓN S.A. no le dijeron lo que iba a pasar con los aportes del ISS porque no tuvo ninguna asesoría; no sabe que se puede pensionar anticipadamente en el Régimen de Ahorro Individual; el asesor de SANTANDER le informó que el ISS se iba a acabar, que no se iba a alcanzar a pensionar y con el nuevo fondo la pensión no caducaba sino que se heredaba; el asesor de SANTANDER no le explicó que se estaba trasladando de régimen pensional, que iba a tener una cuenta de ahorro individual.

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, 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. (entidad que realizó el traslado de régimen pensional), 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. La sociedad PROTECCIÓN S.A. aportó como prueba el formulario de afiliación a SANTANDER S.A.; historial de vinculaciones del SIAF; comunicación del PROTECCIÓN S.A. de constancia de traslado de aportes a PORVENIR S.A.; reporte estado de cuenta; documento denominado “Política Asesorar para vincular personas naturales”; concepto de la Superintendencia Financiera del 29 de diciembre de 2015; comunicados de prensa (fls. 40 a 55 del expediente digital 02), 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 y la sentencia SU 062 de 2010, 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 desaguizado 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).”*

De colofón habrá que señalar que la sentencia C 1024 de 2004, indicada por el apoderado de Colpensiones, cuya norma acusada es de la ley 797 de 2003, hace referencia a que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta ser inadecuada para este proceso, además de sacarla del contexto en que la Corte Constitucional hizo el análisis, por cuanto el presupuesto fáctico para dicha aplicación razonable es que se hubiere entregado por parte de la AFP al usuario de la seguridad social, la información correcta al momento de la suscripción del formulario de afiliación o traslado, para el haber tomado una decisión informada y por ello no se aplica la nulidad, ni la inexistencia del acto jurídico, sino la ineficacia del mismo.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en el año 2000 con destino a la AFP SANTANDER, posteriormente ING hoy PROTECCIÓN S.A. y su posterior traslado intra-regimne en el año 2001 a PORVENIR S.A.; y la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar los dineros a Colpensiones, de los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con sus respectivos rendimientos financieros.

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 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).”

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 Régimen de Ahorro Individual,

2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los*

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

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

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

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

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

Conceptos que no prescriben teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de

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

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al 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.

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

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

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que se deberá REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia en el siguiente tenor:

- ORDENAR a las accionadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de dichas administradoras de pensiones.

- Dar por no probadas las excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE devolver cuotas de administración y la prima del seguro previsional a favor de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de oficio a favor de la AFP PORVENIR.

Respecto a la proporcionalidad de la medida o que los dineros que se trasladan al Régimen de Prima Media los devuelvan conforme a un estudio actuarial con el que se cubra la prestación invocada por Colpensiones, no se accederá en tanto que, con la ineficacia declarada y en precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia se ordena la devolución de todos los dineros y aportes realizados por el afiliado, incluidos los deducidos por gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* y los descuentos del fondo de garantía de pensión mínima; además que por naturaleza en el RAIS el rendimiento de los aportes es mucho mayor que los que se generan en el RPM, con lo que se lograría equiparar e incluso superar los aportes de este régimen.

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.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, en la suma de \$500.000 por prosperar 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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ORDENAR** a las accionadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos, y dar por no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN de devolver cuotas de administración y la prima del seguro previsional a favor de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de oficio a favor de la AFP PORVENIR.

SEGUNDO: ADICIONAR 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.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo expresado en esta providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, en la suma de \$500.000 por prosperar parcialmente el recurso de apelación.

QUINTO: 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 BÉDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

DEMANDANTE	: FLOR ÁNGELA ZAPATA SEPÚLVEDA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2019-00776-01
RADICADO INTERNO	: 316-22
DECISIÓN	:REVOCA PARCIALMENTE, ORDENA, ADICIONA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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 02 de diciembre de 2022 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 02 de diciembre de 2022 a la
5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO