

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE : YUBI ELENA DÍAZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: PROTECCIÓN S.A.
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-010-2018-00466-01
RADICADO INTERNO : 024-23
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA, REVOCA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 054

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 especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.; y el certificado de existencia y representación de la sociedad en mención, en el que se certifica que “Documento Privado del 16 de diciembre de 2021, inscrito el 18 de diciembre de 2021 con el No. 02773873 del libro IX, de conformidad con el Artículo 75 de la Ley 1654 de 2012 (Código General del Proceso) fue inscrito para que actúe como representante de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. en los procesos judiciales en los que esta última sea designada como apoderado de parte a: ... María Alejandra Ramírez Olea”, por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se deje sin efectos las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual, realizada inicialmente con la sociedad COLFONDOS S.A, posteriormente a HORIZONTES y luego a COLFONDOS S.A., dado que el traslado fue originado por omisión en la información, que vicia el consentimiento para dicho traslado. Se DECLARE que permanece afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media.

Se le ORDENE a COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes de la actora de su cuenta de ahorro individual. Se le ORDENE a Colpensiones recibir los aportes de pensión de la actora procedentes de COLFONDOS S.A y como consecuencia reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media.

Como fundamento fáctico de las pretensiones indicó que, nació el 11 de diciembre de 1964; cotizó a Colpensiones desde el 12 de enero de 1993 al 8 de septiembre de 1994, a cargo de CARPAS PLÁSTICAS INDUSTRIALES IKL y del 1º de marzo de 1997 al 30 de enero de 1998 a cargo del Municipio de Puerto Berrio, alcanzando un total de 120 semanas cotizadas; se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente COLMENA de febrero a abril 1996 y marzo de 1997, posteriormente al COLFONDOS S.A de enero de 2001 a febrero de 2004, luego a HORIZONTES de marzo de 2004 a enero de 2012, y a COLFONDOS S.A entre marzo de 2012 hasta la fecha de la demanda. Le solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, el 3 de julio de 2014, entidad que rechazó la solicitud por encontrarse a 10 años o menos del requisito para pensionarse.

Cuando la demandante se afilió a HORIZONTES y COLFONDOS S.A, no le informaron las condiciones que conllevaba dicho traslado, ni las diferencias de regímenes pensionales. No le informaron la posibilidad de trasladarse a Colpensiones al cumplir sus 47 años de edad; al realizar la proyección pensional a los 57 años de edad con base en el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, alcanzaría una pensión proyectada equivalente a un salario mínimo legal, mientras que en el Régimen de Prima Media, su pensión estaría proyectada sobre la base del 65% del IBC, una suma aproximada de \$1.625.000. El 28 de noviembre de 2014, COLFONDOS S.A le manifestó que no era procedente el traslado sobre la base de no encontrarse en régimen de transición.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

Colpensiones en su contestación acepta la fecha de nacimiento de la accionante; las cotizaciones realizadas a Colpensiones; la solicitud elevada a Colpensiones el 3 de julio de 2014. Las afirmaciones relacionadas a la mesada pensional a la que tendría derecho en ambos regímenes pensionales y falta de asesoría y proyección pensional, consideran que no son hechos. No le consta lo demás hechos de la demanda.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de nulidad de traslado de fondo pensional, validez y eficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y compensación (fl. 137 a 143 del expediente digital 01).

La sociedad COLFONDOS S.A dio respuesta indicando que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, la respuesta dada por la entidad el 28 de noviembre de 2014. No le consta la afiliación de la demandante a Colpensiones, por ser una relación fáctica de la demandante ante terceros; las fechas y vinculación a COLMENA y HORIZONTE; la solicitud elevada a Colpensiones el 3 de julio de 2014; que la afiliación a HORIZONTE y COLFONDOS S.A haya sido libre y voluntaria; las proyecciones y cálculos de la pensión de vejez en ambos regímenes pensionales. En relación a los demás hechos, señala que no son ciertos advirtiendo que la afiliación a COLFONDOS S.A fue en dos oportunidades, en el año 2001 y 2012.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 179 a 198 expediente digital 01).

En auto del 11 de febrero de 2019, el juzgado de conocimiento vinculó a la **sociedad PROTECCIÓN S.A.** en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (fl. 204 del expediente digital 01), entidad que en su contestación aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; la suscripción del formulario de afiliación libre y voluntariamente para trasladarse a COLMENA, pero

corrige, que la afiliación fue el 15 de febrero de 1996; es cierto que la demandante solicitó traslado a COLFONDOS S.A el 16 de enero de 2001. No es cierto que al momento de trasladarse a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., no le hayan dado la información suficiente. No le constan los demás hechos de la demanda. Hace la claridad, que el 15 de febrero de 1996, la demandante suscribió en forma libre y voluntaria, formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., oportunidad en que le brindaron información objetiva, integra, clara y responsable; la demandante solicitó traslado a COLFONDOS S.A el 16 de enero de 2001.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso las excepciones de inexistencia de obligación y falta de causa para pedir, buena fe, traslado de aportes a Colfondos, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa y la genérica (fls 219 a 269 expediente digital 01).

En la etapa de saneamiento que fue adelantada el 3 de diciembre de 2020, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, integró al proceso a la sociedad PORVENIR S.A en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (expediente digital 05), en ese sentido, **la sociedad PORVENIR S.A dijo en su contestación**, que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante; la afiliación a los fondos de pensiones diferentes a PORVENIR S.A; la solicitud elevada a Colpensiones el 3 de julio de 2014; la falta de información al afiliarse a COLFONDOS S.A; la respuesta dada por COLFONDOS S.A a solicitud elevada. No acepta los demás hechos de la demanda y aclara que la demandante solicitó traslado a COLMENA el 1º de enero de 2004 hasta el 29 de febrero de 2012, y que en la vinculación al Régimen de Ahorro Individual recibió información suficiente y necesaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (expediente digital 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 16 de diciembre de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el cambio de sistema pensional que realizó la demandante al afiliarse al Régimen de Ahorro Individual proveniente del Régimen de Prima Media y declaró ineficaces sus posteriores afiliaciones

entre administradoras privadas; declaró que la demandante ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y el bono pensional si ya se hubiere redimido. Con indexación deberá trasladar los elementos descontados de las cotizaciones como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de la prima del seguro previsional y reaseguros.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a que con cargo a sus propios recursos trasladen a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, con indexación, los descuentos que efectuaron a las cotizaciones de la demandante mientras estuvo afiliada a dichos fondos, específicamente lo destinado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora. Al momento de cumplir las órdenes, los conceptos debían aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el Régimen de Ahorro Individual y de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente aportadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema de protección social. Condenó en costas a Colfondos S.A, Porvenir S.A y Protección S.A; sin costas a cargo de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la declaración de la ineficacia del traslado, en lo relacionado con la prueba documental que se señala no se aportó, dado que no era una obligación vigente para el momento del traslado lo que hace que se imponga una carga probatoria de difícil cumplimiento, al

momento del traslado solo se exigía una información verbal a los potenciales afiliado y la voluntad estuviera en un formulario de afiliación, por lo que solicita se le de valor probatorio al formulario de afiliación aportado. La accionada ha realizado campañas masivas para informar a los consumidores financieros los cambios normativos y se puso al servicio de los afiliados los canales de comunicación.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se revoque la orden de trasladar a Colpensiones los conceptos de gastos de administración, prima de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, dado el primero de ellos, se destinó para generar furtos y rendimientos, los cuales se reflejan en la cuenta de ahorro individual, incrementaron el patrimonio de la demandante.

En relación a las sumas de seguros previsionales, son dineros que se trasladaron a una aseguradora para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte de la demandante, se prestó en forma efectiva no se encuentra en el patrimonio de la accionada; la orden de su traslado, genera un detrimento de la accionada y va en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y se revoquen las costas procesales impuestas, al no haber sido PORVENIR S.A quien efectuó el traslado inicial de la demandante y actualmente no tiene dineros de la accionada y la entidad siempre ha actuado conforme a la ley.

El apoderado de Colpensiones apela la ineficacia del traslado reconocido, dado que el traslado realizado por la accionante es válido conforme la prueba obrante y el interrogatorio de parte, al haberse realizado con un consentimiento voluntario y tuvo intención de permanecer en el régimen, lo cual se evidencia con las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual; considera que se deben negar las pretensiones de la demanda con base en el salvamento de voto de la sentencia 38.720, en donde se expresa que, como ocurre en este caso, la demandante tuvo la oportunidad de retornar al Régimen de Prima Media ante de cumplir 47 años de edad sin que lo haya hecho; y sostiene que ambos regímenes pensionales garantizan el derecho a la seguridad social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. asegura que, al momento del traslado de régimen, cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993 al realizar la entrega de la información en diferentes momentos, ello es, en forma verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión en forma personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y finalmente dentro del mismo formulario, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse de régimen pensional, no lo hizo y mantuvo un interés de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual; indicó la parte accionante manifestó que su interés de retornar, es por la diferencia en la mesada pensional y ese monto no podía ser determinado al momento en que se presentó su vinculación y en ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño. Así mismo señala que la sociedad accionada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y comunicados de prensa informando cambios normativos; que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante el cual surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; que la obligación del buen consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y ello fue objeto de pronunciamiento en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019; el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, al haber manifestado en el interrogatorio de parte, que no realizó comparaciones con otros Fondos Pensionales, no hizo preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hizo uso de los diferentes canales de atención al usuario; las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas sino que se encuentra en la Ley 100 de 1993 por lo tanto, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa.

Y frente a la devolución a Colpensiones de los descuentos efectuados a las cotizaciones del demandante, destinados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la

aseguradora y reaseguradora debidamente indexados, no son procedentes, por las razones analizadas anteriormente.

En caso de confirmarse la sentencia, solicita que no se condene a la devolución de dichos conceptos, dado que las sumas adicionales de las aseguradoras son descontadas por mandato legal, según lo establece el art. 20 de la Ley 100 de 1993; dichos descuentos cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, y en ese sentido, no están en poder de la administradora sino que se destinaron a cubrir los gastos en que se incurrió para la generación de frutos y rendimientos y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte y no se puede retrotraer su cobertura; así mismo, atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa; la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, se dio por aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. 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 de acuerdo con la coyuntura económica, 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, como se analizó por el Tribunal Superior de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019. Y resalta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

En cuanto a la condena en costas, señala que la accionada obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante y buscando el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de la entidad.

El apoderado de Colpensiones solicita sea modificada la sentencia de primera instancia porque con la prueba aportada, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, sin que cumpla lo establecido en art. 167 del Código General del Proceso, porque por regla general le corresponde probar a el supuesto de hecho que exhibe, no obstante, en las ineficacias del traslado la Corte Suprema de Justicia sin atender las

situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime a la parte demandante de probar, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante; la Corte Suprema de Justicia desconoce el precedente constitucional al valerse de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable y dicha posición afecta los intereses de Colpensiones. Sustenta su exposición en apartes de la sentencia C 086 de 2016.

Igualmente retoma las etapas del deber de información que corresponden a:

- 1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de “ suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”. 2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones. 3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes.

Si bien, el entendimiento de los regímenes pensionales sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados, esta regla no puede interpretarse como una situación universal ni invirtiendo la carga de la prueba. El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica y viola el debido proceso de Colpensiones, el cual afrontar la carga de una eventual prestación, lo que violenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

En caso de ser confirmada la sentencia, implica que se debe regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, conforme se indicó en la sentencia SL 4360 de 2019. Adicionalmente se debe tener en cuenta las sentencias SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019 en las que ordena que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, tales como, los recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, anulación de bono pensional y el porcentaje

destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, razón por lo que solicita se ADICIONE la sentencia y se ordene trasladar dichos conceptos y en caso de resultar inferior al valor total del aporte legal correspondiente, más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, sean COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. quienes asuman la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la mencionada permaneció afiliada las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Finalmente solicita que no sea Colpensiones condenada en costas en segunda instancia, porque se está solicitando una adición al fallo que va en beneficio de una sentencia que si ha de salir desfavorable para Colpensiones.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a revocar la declaración de la ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual; ii) Si hay lugar a absolver a la PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones los descuentos realizados por cuotas de administración y las primas de seguros previsionales; iii) Si hay lugar a absolver a PORVENIR S.A de costas procesales.

En el grado jurisdiccional de consulta se deberá analizar: i) Si hay lugar a revocar la orden dada a COLFONDOS S.A de trasladar el bono pensional; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole las sociedades COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar los gastos de administración constituidos “gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo que realizó aportes en cada uno de los fondos.

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 más de 35 años de edad al haber nacido el 11 de diciembre de 1964 (fl. 180 del expediente digital 01); cotizó al ISS desde el 11 de febrero de 1993 al 30 de abril de 1995, según la historia laboral que reposa en el expediente administrativo 03; solicitó traslado a

COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de febrero de 1996, se trasladó a ING por fusión, el 1º de abril de 2000, se trasladó a COLFONDOS S.A el 16 de enero de 2001, se trasladó a HORIZONTE el 1º de enero de 2004 y solicitó retornar a COLFONDOS S.A el 13 de enero de 2012 (fls. 199 y 297 del expediente digital 01 y fl. 35 del expediente digital 10).

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 se afilió al Régimen de Ahorro Individual porque ha trabajado en Municipios, y en cada uno de ellos la afiliada sin ella tener conocimiento el fondo al cual le hacían la afiliación, por lo que no tiene conocimiento cuando la afiliaron a los diferentes fondos de pensiones; se enteró que no estaba en el ISS en el año 2019 porque sus amigos le dijeron que se tenía que pasar de fondos; siempre que llegaba a un Municipio, le decían que ese era el mejor fondo; no sabe la entidad a la que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual por primera vez y no sabe en cuál de los pueblos la cambiaron; cuando ocurrió ese cambio no era consciente que se estaba trasladando de un régimen pensional, fue en el año 2012 estando en el Municipio de Andes, que le preguntó a la asesora si se debía cambiar de fondo al fondo público y le dijo que no se cambiara porque el fondo público se iba a acabar y allí le robaban la plata y más siendo ella soltera y sin hijos, que en el fondo privado se podía pensionar cuando quisiera y anticipadamente; si se negaba a firmar la afiliación a los fondos privados no había consecuencia; no leyó los formularios de afiliación realizados; no le hablaron del bono pensional; no conocía sobre los rendimientos financieros; no le hablaron de los beneficiarios.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí:

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

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

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

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (que fue el fondo de pensiones 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 de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del Régimen de Ahorro Individual, 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 formulario de afiliación a COLMENA, historial de vinculaciones, reporte de estado de cuenta, concepto 2015123910 del 29 de diciembre de 2015, comunicados de prensa (fls. 293 a 311 del expediente digital 01), pruebas con las que se puede concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

2. De los efectos de la ineficacia

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

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de

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 adocinado 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).”

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)*

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

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

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

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

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

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

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

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto

que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

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

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A a trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de dichos fondos.

2. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a COLFONDOS S.A de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, ellos es, para el **11 de diciembre de 2024** al haber nacido el 11 de diciembre de 1964, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se REVOCARÁ, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para que esta entidad proceda con su anulación.

3. De las costas procesales de primera instancia a cargo de PORVENIR S.A

Se REVOCARÁ la condena en costas impuesta en primera instancia la sociedad PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que el traslado del Régimen de

Prima Media al Régimen de Ahorro Individual fue realizado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y no por la sociedad PORVENIR S.A.

Costas en esta instancia en la suma de \$580.000 a cargo de PORVENIR S.A., por prosperar parcialmente el recurso de apelación presentado.

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, **ORDENARLE** a la sociedad PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A a trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada fondo.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a COLFONDOS S.A que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

TERCERO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia la sociedad PORVENIR S.A..

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$580.000 a cargo de PORVENIR S.A., por prosperar parcialmente el recurso de apelación presentado.

SEXTO: 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 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	: YUBI ELENA DÍAZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO:	PROTECCIÓN S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-010-2018-00466-01
RADICADO INTERNO	: 024-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA, REVOCA Y CONFIRMA

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/148> 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 21 de marzo de 2023 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 21 de marzo de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO