

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: JORGE ENRIQUE FRANCO ARISTIZABAL
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00528-01
RADICADO INTERNO	: 091-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 106

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

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual por la AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Se le ORDENE la afiliación o reactivación al Régimen de Prima Media por Colpensiones; se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones con sus rendimientos, frutos e intereses, sumas

adicionales, etc y a Colpensiones a recibirlos; y al pago de las costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 9 de febrero de 1960, cuenta con más de 1.635 semanas, de las cuales 624.43 semanas fueron cotizadas al ISS; antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, estuvo afiliado al ISS. En septiembre de 1998 un asesor de PROTECCIÓN S.A. realizó una reunión en la empresa donde trabajaba, oportunidad en que le informó que el ISS no era viable para el gobierno y por eso se habían creado los fondos de pensiones, los cuales eran sólidos y pertenecían al grupo empresarial Antioqueño, que la pensión era heredable y en el ISS no, que se podía pensionar a la edad que quisiera, pero no le informó los requisitos y condicione, ni le hablaron de las ventajas y desventajas del traslado. En el año 2004 se afilió a COLFONDOS S.A. porque el asesor de PROTECCIÓN S.A. no volvió y en el año 2012 se trasladó a PORVENIR S.A. porque se sentía mal asesorado por COLFONDOS S.A.

El demandante elevó solicitud a PORVENIR S.A., para que aportara formulario de afiliación, estudios previos y asesorías, la entidad dio respuesta manifestando que las mismas eran verbales y aportó simulador pensional del que se extrae que la pensión en dicho régimen sería de \$2.839.700 a los 62 años de edad mientras que en el Régimen de Prima Media sería de \$6.097.200, pero al liquidar la pensión de vejez con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años alcanzaría la suma de \$6.237.003 para el año 2019 al tener en cuenta un IBL de \$9.039.135 y un monto del 69%, lo cual denota un perjuicio producto de la falta al deber de diligencia que fractura el consentimiento informado y atenta derechos al mínimo vital y vida en condiciones dignas. Que igual petición elevó a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y la primera de ellas manifestó, que no contaban con archivos físicos porque esas asesorías eran verbales y la segunda indicó que no registra en el sistema que haya requerido con anterioridad recibir ese tipo de asesorías; le solicitó a Colpensiones el retorno al Régimen de Prima Media el 26 de junio de 2019 y en comunicación del 19 de julio de la misma anualidad fue rechazado el traslado.

RESPUESTAS DE LA DEMANDA

La sociedad PROTECCIÓN S.A. en su contestación acepta la fecha de nacimiento y la respuesta dada por PORVENIR S.A. a la solicitud elevada. No es cierto la información dada por su representada al actor en septiembre de 1998 y la falta de información de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. No le constan los demás hechos de la demanda.

Presentó oposición de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, , la genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fls. 120 a 170 del expediente digital 01).

PORVENIR S.A. al dar respuesta de la demanda manifestó que no es cierto la forma como se narra lo relacionado a la respuesta dada por la entidad a la solicitud elevada, pero advierte que la accionada le otorgó al actor una asesoría integral, veraz y oportuna desde la afiliación; además asegura que la simulación pensiones no corresponde a una situación jurídica concreta y definitiva. En relación a las razones por las cuales se trasladó a PORVENIR S.A. en el año 2012 considera que no es un hecho sino una consideración subjetiva que hace la parte demandante y aclara que con ocasión al traslado realizado desde la sociedad COLFONDOS S.A., esta se vinculó válidamente a su representada en el año 2012 y según el formulario de afiliación, se observa la declaración escrita del art. 114 de la Ley 100 de 1993. En relación a los demás hechos de la demanda, dijo que no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, la genérica (fls. 259 a 295 del expediente digital 01).

La accionada COLFONDOS S.A. en la contestación de la demanda dice que es cierta la afiliación del demandante a COLFONDOS S.A. en el año 2004. No es cierta la falta de asesoría de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, porque son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte demandante porque al momento del traslado y el gestor del fondo le suministró información suficiente, completa y veraz sin omitir la verdad. No le constan los demás hechos de la demanda. Presentó oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas de la demanda. Y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 309 a 329 del expediente digital 01)

Finalmente, **Colpensiones en su contestación de la demanda**, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS antes de la Ley 100 de 1993; la afiliación a las sociedades COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.; y la solicitud elevada a Colpensiones y la negación al traslado por parte de la misma entidad. No le constan los demás hechos de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción y/o caducidad de la acción, imposibilidad de condena en costas, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen (expediente digital 02).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 27 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante que hizo del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual administrado PROTECCIÓN

S.A. para el 1º de septiembre de 1998; igualmente quedan inválidos, los demás traslados realizados entre las AFP del Régimen de Ahorro Individual. En consecuencia, se recupera el Régimen de Prima Media que administra Colpensiones sin solución de continuidad.

Le ORDENÓ a la sociedad PORVENIR S.A. que en virtud de la declaración de la ineficacia del acto jurídico de afiliación, retorne a Colpensiones, quien recibirá a satisfacción y equivalencia, en el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual y que hubiera recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros en su totalidad, los gastos de administración, los pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima retornarán a Colpensiones debidamente indexados desde su causación hasta su pago. PORVENIR S.A. deberá acompañar el retorno de esos valores con la documentación que acredite ciclos y valores y demás información importante para Colpensiones.

Le ORDENÓ a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., remitan a la Colpensiones en el término de 30 días hábiles siguientes a la firmeza de dicha sentencia, los valores de gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados a la conformación pensión garantía mínima, debidamente indexados desde su afiliación hasta el momento del pago con motivo de los periodos de afiliación; esos periodos fueron entre el 1º de noviembre de 1998 al 31 de mayo de 2004 para el caso de PROTECCIÓN S.A. y entre el 1º de junio de 2004 al 31 de marzo de 2012 para el caso de COLFONDOS S.A.

MEDICA CAUTELAR: no podrá Colpensiones, negar el reconocimiento pensional al demandante una vez lo realizase aduciendo que no le han llegado a satisfacción y equivalencia, los valores del Régimen de Ahorro Individual.

Le ORDENÓ a Colpensiones para que, de continuidad a la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media, brinde todas las garantías de la afiliación, actualice el histórico laboral de aportes sin solución de

continuidad y reciba los aportes ya detallados. Condenó a PROTECCIÓN S.A. en costas a favor del demandante. no hay condena en costas a favor ni en contra de las sociedades PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la orden que se le da a la codemandada de devolver las sumas debidamente indexadas, lo cual sustenta con base en la sentencia 9316 de 2016 en donde se precisó que la indexación es la actualizar la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo y teniendo en cuenta que una de las obligaciones que debe cumplir la accionada es garantizar la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, y se torna incompatible y excluyente ordenar la indexación porque la cuenta de ahorro individual del actor ha generado rendimientos superiores a los garantizados en el Régimen de Prima Media. Invoca la sentencia del 20 de enero de 2023 del Tribunal Superior de Cali; el hecho de ordenar que la entidad indexación una suma de dinero, es imponer una doble sanción y los rendimientos superan con creces la posible depreciación de los dineros del afiliado. por lo que solicita se revoque la sentencia parcialmente frente a la orden que la accionada devuelva los dineros indexados y con cargo a su propio patrimonio.

El apoderado de Colpensiones apela en su totalidad la sentencia proferida, en primer lugar, por considerar que no se debió declarar la ineficacia del traslado pues el actor no cumplió con los requisitos de fondo y forma; el traslado se hizo en debida forma sin que mediara actuaciones que generen invalidez del acto jurídico; de las pruebas se desprende que las AFP dieron cumplimiento al deber de información, asesoría y buen consejo del momento, y no se llega a probar el consentimiento o asentimiento del actor frente al traslado y si bien existe un deber de asesoría de Colpensiones que podría generar una ineficacia del traslado, se debió demostrar. Considera que no se puede considerar a todos los afiliados como parte débil, sino que la Ley les impuso deberes y obligaciones y el traslado no se debe de

considerar un contrato de adhesión, sino que entre las partes existen deberes y obligaciones.

En segundo lugar, se opone a la medida cautelar impuesta al no haberse debatido en el proceso el reconocimiento pensional, lo que hace que esté fuera del objeto y fijación del litigio; si bien el despacho deja a disposición de la parte demandante la reclamación, le impuso a Colpensiones una carga desproporcional en donde no se puede negar o retrasar el trámite del reconocimiento de la pensión y se deberá reconocer independiente de tener los traslados de los aportes, y se trata de una carga desproporcionada, porque Colpensiones debe velar por la sostenibilidad financiera del sistema y los aportes deben ser retornados a satisfacción y equivalencia de la Colpensiones para reconocer el derecho pensional; además de ello, el art. 33 de la Ley 100 de 1993 otorga a Colpensiones un término de 4 meses para estudiar la prestación económica, una vez recibida a satisfacción los equivalentes de los aportes del Régimen de Ahorro Individual, ello porque la entidad que representa no tiene conocimiento de la historia laboral y el histórico laboral del actor, por lo tanto, la medida cautelar protege al demandante pero también debe velarse por la sostenibilidad financiera y en ese sentido se debe de tener a plena equivalencia y satisfacción todos y cada uno de los aportes del Régimen de Ahorro Individual y a favor de la accionada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita sea confirmada la sentencia con fundamento en las sentencias 31.989, 31314 de 2008, 33.083 de 2011, SL 1236 de 2014, SL 9519 de 2015, SL 17595, SL 19447 de 2017, SL 3496 de 2018, 76.284, SL 1421, SL 1688 de 2019; así mismo resalta la libertad de elección de régimen pensional con sustento en los arts. 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia T 191 de 2020; el derecho a la protección de los bienes jurídicos tutelados al trabajador en materia de seguridad social; y considera que la decisión de primera instancia está acorde al precedente de la Corte Suprema de Justicia, citando la sentencia 68.852 de 2019.

El apoderado de PORVENIR S.A. considera que no le asiste razón al A Quo, al no haberse acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento, al no haberse alegado ni probó ningunas de las causales previstas en los arts. 1741, 1508, 1513, 1515, 1517, y 1524 del CC, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Que si se pretende declarar la ineficacia del art. 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador; es decir, exige conductas dolosas que impidan o atenten la libre y voluntaria afiliación del posible afiliado, sin que se refiere a los dispuesto en los arts. 1740 y ss, y por el principio de inescindibilidad de las normas se impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto, y pese a esto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que será ineficaz el traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero se acude a las disposiciones civiles para establecer los efectos de la ineficacia y sin que se tenga en cuenta los presupuestos que esta norma establece para declarar la nulidad de un acto o contrato. Frente a la figura de la ineficacia, considera que el art. 899 Código del Comercio tampoco aplica en este asunto. Que en el presente proceso, ninguno de estos presupuestos legales se alegaron, ni se demostraron; que el formulario de afiliación suscrito es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, y contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, donde la selección fue libre, espontánea y sin presiones; que ese documento no fue tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo como se dispone en los arts 246 y 272 del CGP. Que en caso de presentarse, como no existe objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los arts. 1742 y 1743 del CC por la ratificación tácita de la parte demandante.

Que PORVENIR S.A., le garantizó el derecho de retracto, conforme la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como

se dispuso en el art. 3º del Decreto 1161 de 1994 (esto fue adicionado), lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información necesaria y suficiente.

Que no se ajusta a la realidad la afirmación que la entidad no allegara pruebas del cumplimiento de sus deberes al momento de la vinculación, al haberse cumplido con la carga procesal al aportar los documentos que tenía su poder, para demostrar que la parte actora ha estado vinculada, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se demuestra con un documento que se presume auténtico, y con la conducta del afiliado que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado. Que la conducta de haber permitido el descuento del aporte con destino al fondo privado deben considerarse como “voluntad del afiliado” conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 47.236 de 2016.

En relación a la carga de la prueba, consideró que no se puede imponer cargas a Porvenir, distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante e invocó la sentencia SL 1637 de 2022. Y frente al análisis de la carga de la prueba, sostiene que en primera instancia se declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado, sin analizar en conjunto las pruebas y desconociendo el art. 1602 del CC.

Resalta la diferencia que existe entre la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta y que en ese sentido no se pueden confundir. Que en el evento de considerarse que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, no puede olvidarse que el literal b) del art. 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, siendo ello lo que impide que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes, y por su parte el art 1746, establece que la regla general de la nulidad.

Como recuento de la línea jurisprudencial de la ineficacia del traslado, trae a colación apartes de las sentencias SL 1637 de 2022 y SL 2877 de 2020.

Por su parte, en lo que respecta a la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, con sustento en el arts. 964 y 1746 del Código Civil. Que en atención al principio de la congruencia de la sentencia Art. 281 del CGP, al no haberse discutido ni probado la mala fe de PORVENIR S.A., no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es Colpensiones”, los rendimientos financieros generados por la gestión adelantada. No se debe trasladar las primas de seguros porque el afiliado estuvo protegido; y como argumento para no acceder a las pretensiones de la demanda indicó que era la sentencia C 1024 de 2004.

En caso de ser confirmada la sentencia, aduce que, en aplicación del principio de la congruencia, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS al no ser alegados ni probada la mala fe, y solo debería trasladar PORVENIR S.A., los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el ISS).

Pero si la orden es reintegrar la totalidad de los rendimientos, solicita sea autorizada PORVENIR S.A a descontar de dicho concepto, las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que la accionada realizó gestiones a favor del afiliado que le generó rendimientos; condenar al traslado de aportes con rendimientos, se debe aplicar la figura de las restituciones mutuas sin que se deba condenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración y de seguros.

Con fundamento en las sentencias C 00161 de 2010, SL 9316 de 2016 y sentencias de los Tribunales Superiores de Cundinamarca y Cali, solicita no se condene a la indemnización de las sumas. Además, que dicha orden impone una doble sanción.

El apoderado de Colpensiones solicita la absolución de su representada de las pretensiones impuestas, aduciendo que los medios probatorios

valorados, no se aportó documento, ni el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, a sabiendas que la carga dinámica e inversión de la prueba exige la igualdad de las partes; frente a la carga de la prueba cita la sentencia C 086 de 2016; sostiene que frente al vicio en la voluntad del traslado, ello se debía demostrarse, se debe analizar cada caso y nadie puede alegar su propia culpa a su favor; en el proceso se evidencia que no existió vicios en el consentimiento, siendo traslado voluntario; le corresponde a la autoridad judicial corroborar si la parte accionante tiene derecho a retornar al Régimen de Prima Media. asegura que el actor presentó actos de convalidación de permanecer en el RAIS; al haber realizado el traslado de régimen pensional, tenía la capacidad de discernir la favorabilidad de los regímenes. Es la parte accionante quien debía probar la mala fe de la demandada al realizar el acto jurídico de afiliarlo, debiéndose tener en cuenta las etapas de las obligaciones y deberes de las AFP, y sostiene que el incumplimiento recató en estas y no en el ISS.

Cita como jurisprudencia tenerse en cuenta, la emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, sentencia C 789 de 2002, T 489 de 2010.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **de los recursos de apelación:** i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar revocar la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar los conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; iii) Si hay lugar revocar la medida cautelar impuesta a Colpensiones.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos por los *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 9 de febrero de 1960 (fl. 57 del expediente digital 02); cotizó a Colpensiones desde el 18 de junio de 1985 a octubre de 1998 (fls. 58 a 61); solicitó traslado a PROTECCIÓN S.A. el 1º de septiembre de 1998 (fl. 19 y 27 del expediente digital 01); solicitó traslado a COLFONDOS S.A. el 27 de abril de 2004 (fl. 22 y 27) y finalmente a PORVENIR S.A. el 22 de febrero de 2012 (fl. 27).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que en la actualidad cotiza para la sociedad PORVENIR S.A., no ha solicitado la pensión en dicho fondo de pensiones; en el tiempo que lleva afiliado a los fondos privados no ha recibido asesoría de Colpensiones; no ha presentado queja o reclamo por la administración de los aportes en los fondos privados; su afiliación a la sociedad PROTECCIÓN S.A. en 1998 se dio porque en la empresa hubo una reunión colectiva donde les dijeron que los fondos privados la pensión era heredable, se podían pensionar antes y algo que fue importante era que el ISS se iba a acabar, fue una reunión rápida y fueron muchos y después de eso pasaron a firmar; recursos humanos los citó; en la asesoría no le dijeron su expectativa pensional; su interés a retornar al Colpensiones porque después de cumplir los 62 años, se dio cuenta que PORVENIR S.A. le hizo proyección entre la pensión en el fondo privado y en Colpensiones y era mucha la diferencia.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

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

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las

prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

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

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

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

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

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCIÓN S.A. (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. Por ello no es suficiente que la sociedad PROTECCIÓN S.A. aporte el formulario de afiliación, reporte estado de cuenta, documento denominado “Políticas asesorar para vincular personas naturales”, concepto de la Superintendencia Financiera del 29 de diciembre de 2015, comunicados de prensa (fl. 194 a 220 del expediente digital 01), 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.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado y la orden dada a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las cotizaciones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros en su totalidad, los gastos de administración, los pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima; y la orden dada a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., de trasladar a Colpensiones los valores de gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados a la conformación pensión garantía mínima, debidamente indexados.

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 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.

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 adocetrinado 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).”

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., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a Colpensiones trasladar 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 el actor realizó aportes en cada uno de los fondos.

3. Frente a la medida cautelar impuesta a Colpensiones

Se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia, toda vez que el trámite del traslado de los dineros que deben hacer los fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a Colpensiones, se trata de un tema netamente administrativo que no pueden entrar a afectar a los afiliados; adicionalmente, considera la Sala que el término dado por el Juzgado a los fondos privados de 30 días hábiles, genera que Colpensiones pueda adecuar la historia laboral del actor y en el evento que se haya solicitado la pensión de vejez, pueda liquidarla.

Igualmente se debe decir, que con la medida cautelar impuesta no se vulnera la sostenibilidad financiera, sino que por el contrario se protege, pues recuérdese que con la declaración de la ineficacia la cosas vuelven al estado en que se encontraban.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las codemandadas PORVENIR S.A. y Colpensiones, por no prosperar los recursos de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a las sociedades PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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 el actor realizó aportes en cada uno de los fondos, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las codemandadas PORVENIR S.A. y Colpensiones, por no prosperar los recursos de apelación.

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

Los Magistrados.


HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



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	: JORGE ENRIQUE FRANCO ARISTIZABAL
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00528-01
RADICADO INTERNO	: 091-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA 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 16 de mayo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 16 de mayo de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO