



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: HERMAN ZULUAGA SERNA
Demandados: ACP COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A.,
COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.
Llamada en
Garantía: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicado: 05001 31 05 007 2021 00115 01
Sentencia: S-214

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el **recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al igual que el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones**, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín el día 18 de noviembre de 2022.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

HERMAN ZULUAGA SERNA demandó a PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se **declare** la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual a PORVENIR S.A. y los demás traslados realizados dentro del régimen, debiéndose tener válidamente afiliado a COLPENSIONES, sin solución de continuidad; consecuentemente, que se **condene** a todas las administradoras del RAIS a trasladar los aportes como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus frutos, intereses y rendimientos, y a Colpensiones, para que los valide e incorpore en su historia laboral. Costas en contra de las demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 25 de noviembre de 1953 y que comenzó a realizar cotizaciones el 4 de julio de 1987 al RPMPD; que es beneficiario del régimen de transición por contar con 40 años de edad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones; que se trasladó inicialmente a la AFP PORVENIR S.A. el 13 de junio de 1996, momento en el cual no fue enterado de las ventajas y desventajas que acarrearían el cambio de régimen; que se trasladó a HORIZONTE S.A. el 21 de julio de 1998, a COLPATRIA el 29 de octubre de 1999 y regresó a PORVENIR S.A. el 17 de mayo de 2001, en donde suscribe una carta en la cual le indican haber sido beneficiario del régimen de transición, el cual perdió por su primer traslado. Aduce que también se trasladó a COLFONDOS S.A. el 25 de febrero de 2004, posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A., luego a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 28 de febrero de 2007, y finalmente a SKANDIA S.A. el 28 de febrero de 2007; que todas las administradoras omitieron poner en conocimiento información trascendental de manera amplia y suficiente sobre las ventajas y desventajas de las implicaciones de su traslado; que solicitó a SKANDIA S.A. proyección pensional, entidad que le indicó que su mesada sería de \$2'372.000,

cuando en el RPM recibiría \$6'582.381. Que, por tanto, solicitó traslado a COLPENSIONES, el cual fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES admite hechos tales como la fecha de nacimiento del demandante, que inició sus cotizaciones con el régimen de prima media, pero las comenzó a realizar a partir del 1° de noviembre de 1988 y no el 4 de julio de 1987, según reporte de semanas; es cierta la solicitud de traslado hecha ante COLPENSIONES y que la misma fue negada. No le constan todas las situaciones y actuaciones que se hayan dado por el traslado de régimen, ya que se escapa del conocimiento de la entidad. Se opuso a las pretensiones en tanto no se encuentran soportes fácticos y legales para acceder al reconocimiento de las pretensiones. Como excepciones propuso la inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda afirmando que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, así mismo que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones el demandante contaba con 40 años; es también cierto que hizo su primer traslado en 1996 a HORIZONTE S.A. y que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 23 de agosto de 2006. Niega que al momento de la afiliación a SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no se le haya asesorado de manera objetiva, íntegra y clara sobre las características del RPM; no le consta de manera directa las afiliaciones y cotizaciones realizadas a otro régimen y ante una entidad diferente a ella, así como tampoco los demás traslados que haya hecho dentro del RAIS, ni las proyecciones pensionales realizadas, ni la solicitud efectuada ante COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP

convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, validez e ineficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS y reconocimiento de restituciones mutuas.

PORVENIR S.A. manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento del demandante; no le consta que haya empezado a cotizar el 4 de julio de 1987 trabajando con la Asociación Colombiana de Empresas de Licores; no es cierto lo relacionado al régimen de transición, pues si bien para la fecha de traslado cumplía los requisitos para ser beneficiario de este, en la carta enviada a la entidad manifiesta la aceptación y conocimiento de las implicaciones de realizar el traslado de régimen; que no es cierto que al traslado de régimen no se haya dado cumpliendo las obligaciones vigentes para la fecha; no le constan los traslados que haya hecho ante otras entidades, así como las proyecciones hechas al demandante, ni la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a todas las pretensiones. Como excepciones propuso la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A. admite la fecha de nacimiento del demandante, que éste contaba con 40 años al 1º de abril de 1994, sin embargo, dice que no les consta que sea beneficiario de régimen de transición; acepta que se afilió a COLFONDOS S.A. el 25 de febrero de 2004 laborando en la Corporación Asamblea Departamental de Caldas; no es cierto que la entidad haya omitido ponerle en conocimiento información amplia, suficiente y veraz; no le constan las cotizaciones que haya hecho ante otras entidades y las afiliaciones a ellas; y que no le constan los otros hechos por involucrar el accionar de terceros. Se opuso a todas las pretensiones. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y ratificación de la afiliación del actor a COLFONDOS S.A.

Por último, SKANDIA S.A. admitió la fecha de nacimiento del demandante, así como que inició sus cotizaciones en el RPM, e igualmente las fechas en las que el demandante se afilió a SKANDIA S.A. Niega que el acto jurídico celebrado entre la entidad y el demandante no sea válido, toda vez que se cumplió con los requisitos legales, teniendo pleno conocimiento de las condiciones; que es cierta la proyección pensional realizada por SKANDIA S.A., la cual fue solicitada por el actor y que no le constan los demás hechos en la medida que se tratan de hechos relacionados con otras entidades. Se opuso a todas las pretensiones. Y como excepciones propuso la prescripción, buena fe y cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La AFP SKANDIA S.A. llamó en garantía a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., indicando que celebró con esta entidad un contrato de seguro previsional destinado a amparar los riesgos de invalidez y muerte, siendo esta la entidad que cuenta con dichos pagos; por tal razón, solicita se condene a esta aseguradora a devolver los aportes, junto con los gastos de administración y la prima por el seguro previsionales.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó primero a la demanda, manifestando que no le consta ninguno de los hechos, puesto que no conoce a la demandante y son situaciones por completo ajenas a la entidad. Frente al llamamiento en garantía aceptó la expedición de las pólizas de seguro de invalidez y sobrevivencia, pero indica que es improcedente el reembolso de dichas primas de seguros, pues el riesgo ya fue cubierto. Propuso como excepciones buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación, falta de título y causa, pago, compensación y restituciones mutuas, inoponibilidad de la ineficacia, prima devengada, validez, cumplimiento y agotamiento del contrato de seguro, entre otras.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 18 de noviembre de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones: 1) **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuada por el demandante en el año 1996 del RPM al RAIS con destino a la AFP PORVENIR S.A. y las posteriores afiliaciones intra régimen en los años 1998, 1999, 2001, 2004, 2005, 2006 y 2007 con destino a las AFP HORIZONTE S.A., COLPATRIA S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., ING S.A. y SKANDIA S.A., respectivamente; 2) **DECLARÓ** que en virtud de la ineficacia, el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, sin solución de continuidad; 3) **CONDENÓ** a SKANDIA S.A. a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y rendimientos financieros a COLPENSIONES, exceptuando las cuotas de administración y las sumas destinadas al pago de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte; 4) **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. a realizar la devolución de las sumas destinadas al pago de las cuotas de administración debidamente indexadas con destino a Colpensiones, descontadas durante la permanencia del actor en esas administradoras; 5) **CONDENÓ** a COLPENSIONES a validar la afiliación del demandante y recibir la devolución de los dineros ordenados, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por el demandante en el RAIS como semanas cotizadas en el RPM que deberán reflejarse en su historia laboral; 6) **ABSOLVIÓ** a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. de la totalidad de pretensiones; 7) **CONDENÓ** en costas a las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.; 8) se **ABSTUVO** de condenar en costas a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y a MAPFRE; y 9) **CONDENÓ** en costas a SKANDIA S.A. y en favor de MAPFRE.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación manifestando que es procedente la declaratoria de ineficacia, pero que se debe ordenar a SKANDIA S.A., trasladar la totalidad de las cotizaciones realizadas sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes y rendimientos traslade los gastos de administración, seguros previsionales de manera indexada con cargo a su propio patrimonio; así mismo solicita que se adicione la sentencia en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar todos los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales de forma indexada y con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichos fondos; lo anterior teniendo en cuenta que la ineficacia es inoponible a terceros de buena fe como es COLPENSIONES, debiéndose proteger los intereses patrimoniales de terceros conforme al principio de sostenibilidad financiera; por lo que deben ser las AFP quienes asuman la carga económica o que los dineros que se trasladen determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos del RPM.

La apoderada de PORVENIR S.A. recurre en apelación de forma total frente a la sentencia de primera instancia indicando que no comparte la declaratoria de ineficacia, toda vez que el actor de forme consiente y libre firmó los formularios de afiliación ante los fondos privados, manifestando que conocía de los actos jurídicos que estaba celebrando; que esta entidad se aportó comunicado en el que el actor acepta las consecuencias del traslado, así mismo de haber recibido una asesoría completa, además de que no se tachó de falso este documento, por lo que no resulta muy lógico que el traslado sea ineficaz cuando existe una prueba solemne; que debe tener en cuenta que el demandante si bien no es experto en seguridad social, la Corte ha manifestado que se debe estudiar cada caso con las particularidades que contiene, y que por parte de la entidad se han hecho campañas masivas para que

conozcan los cambios normativos, poniendo a disposición de los afilados los canales de comunicación para resolver sus dudas; y que se debe revocar la condena a trasladar las cuotas de administración, dado que estos recursos ya no están en el patrimonio de la entidad, siendo importante recordar que estos descuentos no se hicieron de forma antojadiza sino conforme a un mandato legal.

De igual forma, se conoce del asunto vía grado jurisdiccional de **Consulta**, en las condenas adversas a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, la apoderada de COLPENSIONES, solicita se revoque la decisión, toda vez que el demandante tuvo la oportunidad de elegir libremente a que régimen quería pertenecer, quedando acreditada la libertad de escoger libremente; que si bien existe una sólida línea de jurisprudencia sobre la ineficacia de traslado en el presente caso lo que se pretende es una ineficacia, pero por no estar conforme económicamente; que el demandante ya superó la edad permitida para trasladarse; que la ineficacia declara es inoponible a terceros de buena fe como lo es Colpensiones; y que de ser procedente la ineficacia se deben ordenar todos los conceptos en un 100%, debidamente indexados.

Por otro lado, PORVENIR S.A. señaló que se debe revocar la decisión de primera instancia y no declarar la ineficacia del traslado, ya que la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley; que al demandante si se le otorgó el deber de información contemplado en el Decreto 663 de 1993 y la ley 100 del mismo año, pues se le informaron características propias del sistema; que el demandante contó con múltiples oportunidades para trasladarse de régimen pensional, mostrando un interés de continuar en el RAIS;

expresa que la motivación del demandante para entablar el presente proceso es meramente económica, y se debe tener en cuenta que a los eventuales afiliados también les corresponde un deber mínimo de diligencia de sus propios negocios y no pueden beneficiarse de su propia culpa; que para la fecha de traslado solo se exigía el formulario de afiliación, por lo que no es cierto que la entidad accionada se encontraba en una mejor posición probatorio respecto a los demandantes, además debe tenerse en cuenta que las obligaciones del buen consejo y la debida asesoría solo surge en años posteriores; que si se decide mantener en firma la declaratoria de ineficacia, se debe revocar la condena por descuentos del fondo de garantía de pensión mínima, pólizas de reaseguro, gastos administración y sumas de la aseguradora de manera indexada, puesto que se condena en el mismo fallo al retorno de unos rendimientos, y este concepto no debió haber existido en la cuenta de ahorro individual, y además condenar al traslado de los rendimientos y de los valores indexados sería una doble condena y un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES; que no deben proceder los gastos de administración y sumas de seguros previsionales, en el entendido de que esos rubros no están en el patrimonio de la entidad, sino que los primeros se usaron para la administración de recursos y para la generación de rendimientos financieros, y en el tema de los seguros, estos se pagaron a la aseguradora para cubrir los gastos de invalidez y de muerte; y que no se debe condenar en costas, pues no hay fundamentos para la declaratoria de ineficacia, sumado a que siempre se actuó de buena fe, actuando conforme a las obligaciones y normas que se exigían al momento de realizar el traslado.

Y, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sus alegatos expuso solicita se confirme la sentencia de primera instancia, en el sentido de confirmar la absolución de esta entidad.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto tanto por la AFP PORVENIR S.A. como por COLPENSIONES, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES en lo no impugnado por esa entidad, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes: **i)** HERMAN ZULUAGA SERNA nació el 25 de noviembre de 1953; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones allí, el día 1º de noviembre de 1988; **iii)** el 13 de junio de 1996 suscribió formulario de traslado ante la AFP PORVENIR S.A.¹; **iv)** posteriormente, el 21 de julio de 1998, se trasladó dentro del mismo régimen a HORIZONTE S.A.², **v)** después suscribió formulario de traslado con COLPATRIA S.A., el 29 de octubre de 1999³, **vi)** se trasladó luego a COLFONDOS S.A. el 25 de febrero de 2004⁴, **vii)** se afilió a SKANDIA S.A. el 2 de diciembre de 2005; **viii)** se trasladó a SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., el 23 de agosto de 2006, y **ix)** finalmente, se trasladó de nuevo a SKANDIA S.A. el 28 de febrero de 2007, entidad a la cual se encuentra actualmente vinculado.

Ahora bien. La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que desde un comienzo efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundado en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

¹ Folio 44 de la demanda

² Folio 45 de la demanda

³ Folio 46 de la demanda

⁴ Folio 51 de la demanda

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de la consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993⁵, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben 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 claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general 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 a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de*

⁵ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N° 31.989 de 2008:

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y
- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas del afiliado, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente el demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen, que se trasladó en principio a PORVENIR S.A. siendo Secretario de Agricultura en la Gobernación de Caldas, en donde hubo una afiliación masiva ya que los fondos privados estaban en auge, por lo que dicha afiliación se dio casi por una decisión comunitaria del gobernador, realizándose de forma masiva con la mayoría de los secretarios de despacho; que en ese primer traslado se les informó que podrían pensionarse anticipadamente con una pensión más alta y con mejores bondades, sin dársele más información como las ventajas o desventajas de ese fondo o los alcances que tenía la afiliación al fondo privado; señala que muchas veces trató de retirarse de los fondos; que en el 2008 siendo Diputado solicitó afiliarse a COLPENSIONES y comenzó a realizar sus cotizaciones allí, asumiendo que este fondo lo había acogido, pero pasaron tres años y resultó nuevamente en un fondo privado; que no ha recibido los extractos de ningún fondo; que la afiliación a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., fue en similares circunstancias en las que se dio su afiliación con PORVENIR S.A; que siempre firmaba los formularios por hacerle un favor a sus conocidos por los emolumentos o el reconocimiento económico que ellos recibirían; que por ser entidades del mismo fondo no le prestaba mucha importancia, ya que era como pasar dinero de un bolsillo a otro; que el traslado a COLFONDOS S.A. no recuerda con exactitud cómo se dio; expresa que los fondos privados nunca le hablaron sobre su derecho de retracto o retorno, como tampoco le manifestaron que con su primer traslado perdía la calidad de beneficiario del régimen de transición.

De lo anterior no se deriva -entonces- que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las

repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle al afiliado al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo anterior permite dar aplicación al citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

Debe señalar la Sala, que el principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, entronizado en el Acto Legislativo 01 de 2005, está orientado a lograr el aseguramiento de su propia subsistencia. Esto es, se impone la garantía de que se pueda contar con los recursos necesarios para reconocer y pagar las diversas prestaciones a los afiliados al sistema, presuponiendo la limitación de los recursos disponibles, y que, por ello mismo, deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos y la eficacia y solidaridad del sistema. Y para esto es indispensable asegurar el pago efectivo de las cotizaciones, aunado al concurso del Estado cuando ello sea requerido, de tal modo que el sistema sea viable para el pago de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

En casos como el presente, el regreso del demandante al RPM no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que el demandante alcanzó a acumular en el Régimen de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima como más adelante se verá, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

Además, es importante advertir que el hecho de que el actor tuviera conocimientos jurídicos debido a su desarrollo educativo y profesional, en nada influye a la hora de calificar la actitud del fondo privado al momento de proceder con el trámite del traslado de régimen, y además, no significa que tuviera una comprensión completa de todas las implicaciones de la decisión, pues para ello se requiere un manejo de otros temas como los jurídicos en el campo del derecho de la Seguridad Social, los cuales no tenía el demandante.

Es necesario precisar que no tienen ninguna implicación los actos de relacionamiento o cambio de fondos privados que efectuó el demandante, así como los documentos firmados con posterioridad a su traslado inicial con otras entidades, y no lo es porque lo que se debe observar es el traslado primigenio y no los posteriores, como ampliamente se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral en múltiples providencias como la SL 5280 del 3 de noviembre de 2021, rad. 85801 en la que sostuvo claramente que *"... los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad"*.

Tampoco comparte la Sala la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 del 1993, tema frente al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo de 2022, ha considerado que es un despropósito *"... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999"*.

En consecuencia, en este puntual aspecto se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada en primera instancia.

Conceptos a trasladar.

De otro lado, en cuanto a la decisión de la *a quo* de ordenar a SKANDIA S.A., último fondo en el que estuvo el actor, el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, pero sin incluir lo relacionado con las cuotas y/o gastos de administración y seguros previsionales, tema que se revisará según el recurso de apelación planteado por COLPENSIONES, basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con el traslado a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe***

devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

(...)

En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

(...)

En consecuencia, la decisión deberá ser **REVOCADA** en el sentido de ordenarle a la AFP SKANDIA S.A. que proceda con el traslado de todos los conceptos recibidos durante el tiempo que el señor HERMAN ZULUAGA SERNA estuvo vinculado a esa entidad, incluyendo, como debe ser, las cuotas y/o gastos de administración y sumas adicionales de las aseguradoras, debidamente indexados, toda vez que como se dejó dicho, las cosas deben volver a su estado anterior, sin ser relevante si se generaron rendimientos muy elevados o no.

De otro lado, es necesario tener en cuenta que, en la sentencia ya referida, la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer que la declaratoria de ineficacia de traslado cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el respectivo afiliado “... *aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen...*”.

Dijo además en esa providencia, que:

“Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)”

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

En consecuencia, se deberá **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenarle a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. que procedan con el traslado de todos los conceptos recibidos durante el tiempo que el señor HERMAN ZULUAGA SERNA estuvo vinculado a esas entidades, incluyendo, como debe ser, las cuotas y/o gastos de administración, sumas adicionales de las aseguradoras y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos.

De igual forma, se deberá **REVOCAR** la sentencia, en el sentido de ordenarle a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda con el traslado de todos los conceptos recibidos durante el tiempo en que el actor estuvo vinculado a esa entidad, esto es, las cuotas y/o gastos de administración, sumas adicionales de las aseguradoras y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos.

Se advierte que todas las órdenes a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos mencionados, deben incluir la respectiva ***indexación***, tal y como lo solicita COLPENSIONES en su apelación, pues así lo ha entendido

igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero de forma más clara en la sentencia SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en las que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, es que *“... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar.”*

Finalmente, otro tema que cuestiona el apoderado de PORVENIR S.A. a través de sus alegatos, tiene que ver con la condena en costas impuesta a su cargo. Para resolver la inconformidad que plantea la recurrente, basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Resulta que en este caso PORVENIR presentó oposición a las pretensiones de la demanda alegando entre otras cosas el cumplimiento del deber de información y la validez del acto jurídico de traslado, lo que implica que deba entenderse como entidad vencida en juicio y por ende obligada al pago de las costas procesales.

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA y REVOCADA.**

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el recurso, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1'160.000.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, 18 de noviembre de 2022, pero con las siguientes novedades según se dijo en la parte motiva:

1.- Se **REVOCA** en cuanto **ABSOLVIÓ** a la AFP SKANDIA S.A. de las cuotas de administración y sumas adicionales de las aseguradoras, para en su lugar **CONDENAR** a la entidad accionada a trasladar a COLPENSIONES estos conceptos, debidamente indexados con cargo, de ser necesario, a sus propios recursos;

2.- Se **ADICIONA** la sentencia y se le ordena a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. que procedan con el traslado a COLPENSIONES de los conceptos recibidos durante el tiempo que el actor estuvo vinculado a dichas entidades, como lo son las cuotas y/o gastos de administración, ya ordenados, sumas adicionales de las aseguradoras y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; y

3.- Se **REVOCA** en cuanto **ABSOLVIÓ** a la AFP PROTECCIÓN S.A. de todos los conceptos, y en su lugar, se le **ORDENA** trasladar las cuotas de administración, sumas adicionales de las aseguradoras, y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima a COLPENSIONES, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante permaneció en este fondo.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A. y en favor del demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1'160.000.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **44b40f8fa32b4a0090908d183425942f846e101036e0389ce75f5c315dc16b1a**

Documento generado en 02/08/2023 03:13:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>