

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: CARLOS FELIPE ROJAS TORO
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2022-00220-01
RADICADO INTERNO	: 271-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA, REVOCA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 288

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 y en el grado jurisdiccional de consulta, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia del traslado realizado por demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, primero a COLFONDOS S.A y posteriormente a PROTECCIÓN S.A.; que el actor siempre ha estado válidamente afiliado en pensiones al Régimen de Prima Media.

Se CONDENE al PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones, realizados por el asegurado, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Se condene a Colpensiones, a validar los aportes en pensiones trasladados por PROTECCIÓN S.A y a incorporarlos a la historia laboral del actor.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que, el demandante nació el 9 de abril de 1968; cuenta con un total de 1.722 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; el actor estuvo afiliado al ISS, posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS S.A y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; sostuvo que el día de la afiliación a COLFONDOS S.A, se encontraba laborando para el Banco Comercial Antioqueño, y ni COLFONDOS S.A ni PROTECCIÓN S.A. le brindaron asesoría; previa a la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas, no le explicaron las diferencias entre los regímenes pensionales.

El actor elevó derecho de petición a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A, respondiendo que la asesoría brindada fue verbal y PROTECCIÓN S.A. informó que la mesada pensional era de \$7.734.070 aproximadamente. El demandante solicitó a Colpensiones autorización de traslado, la cual fue negada. Al realizar la liquidación de la pensión en el Régimen de Prima Media con los parámetros de la Ley 797 de 2003, arroja un IBL en los últimos 10 años cotizados por el valor de \$14.817.640, una tasa de reemplazo del 70% generando una mesada a los 62 años de edad de \$10.385.858, existiendo un perjuicio grave como consecuencia de la falta de deber de diligencia al no suministrar una oportuna, clara, adecuada, suficiente, y veraz información.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda aceptó fecha de nacimiento del actor; la afiliación al ISS; derechos de petición elevados a las accionadas y las respuestas dadas. Lo relativo a la liquidación de la pensión de vejez no es un hecho. No le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, genérica (expediente digital 08).

La sociedad COLFONDOS S.A manifestó que no le consta la fecha de nacimiento del actor; la afiliación al ISS; la afiliación a PROTECCIÓN S.A.; la información brindada respecto a pensiones voluntarias; los derechos de

petición elevados a PROTECCIÓN S.A. y Colpensiones; la respuesta dada; la liquidación de la mesada pensional. Acepta la respuesta dada por COLFONDOS S.A al derecho de petición. No son ciertos los demás hechos de la demanda. Se opone a las pretensiones. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica (expediente digital 09).

PROTECCIÓN S.A. al dar respuesta indicó que es cierta la fecha de nacimiento del actor; los derechos de petición elevados a las accionadas COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A.. No le consta que el demandante estuvo afiliado al ISS; la respuesta dada por COLFONDOS S.A y Colpensiones; la liquidación de la pensión de vejez. No es cierto los demás hechos de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto (expediente digital 13)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 15 de agosto de 2023, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante a COLFONDOS S.A y posteriormente PROTECCIÓN S.A.; que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media desde su afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual sin solución de continuidad

CONDENÓ a la AFP PROTECCIÓN SA, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del presente fallo traslade con destino a Colpensiones, todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al Régimen de Prima Media en caso de haberse ya redimido, y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión

mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos así como los aportes al fondo de solidaridad pensional en caso de que se hubiese realizado.

CONDENÓ a la AFP COLFONDOS SA a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del presente fallo traslade con destino a Colpensiones, el valor de los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante por gastos o cuotas de administración, primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, así como los aportes al fondo de solidaridad en caso de haberse realizado. Al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalles de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante.

Le ORDENÓ a Colpensiones a validar la afiliación del demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por demandante en el Régimen de Ahorro Individual como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. Condenó en costas a COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A.. Se abstuvo de emitir condena en costas en contra de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

El apoderado del COLFONDOS S.A solicita sea revocada la sentencia y no se ordene a COLFONDOS S.A retornar los gastos de administración dado que el mismo se descuenta por disposición legal, lo que los hace exigibles, vigentes y exequibles; que conforme el Decreto 2555 de 2010, dicho concepto tiene una destinación específica como es la defensa judicial de los fondos, la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y ello ha hecho que el actor haya estado amparado hasta la ejecutoria de la sentencia; el pago de las pólizas previsionales cumplieron su destinación; y los otros gastos son para realizar las inversiones que generan rendimientos; asegura que la rentabilidad de la accionada, es superior a la de Colpensiones en la inversión de los TES y al hacer un balance de los dineros generados y que se ordenan trasladar, ello genera que los rendimientos son superiores a los rendimientos que hubiera generado en el Régimen de Prima Media de haber permanecido allí. Si se ordena el traslado de los gastos de administración, generaría un enriquecimiento injustificado por Colpensiones; y dichos conceptos no son factores de financiación de la pensión; son conceptos de tracto sucesivo, causados con la periodicidad que impone la ley, y si no se reclamaron dentro de los 3 años a su causación, se entienden que prescribieron; dichos recursos

no están en poder de su representada; en la etapa de fijación del litigio, no se estableció la devolución de dineros que están en poder de terceros, sin que hayan sido vinculados al proceso, lo que se viola el derecho de defensa y contradicción.

Sostiene que no es posible que se ordene la indexación de los conceptos que se ordene el traslado al Régimen de Prima Media, porque los rendimientos generados superan los que hubiera generado Colpensiones, y quedaron compensados.

Apela el apoderado de Colpensiones, solicitando que en el evento se confirme la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, se modifique la sentencia y se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% de la cotización realizada por el demandante sin descuento, y además de los aportes y rendimientos, traslade todos los gastos de administración y cuota de seguro previsional de manera indexada, con cargo a su propio patrimonio. Se adicione la sentencia, ordenando a COLFONDOS S.A a trasladar además de los gastos de administración y cuotas de seguros previsional indexada y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo. Solicitud que se eleva, porque la ineficacia es inoponible a terceros de buena fe como es Colpensiones y esta figura es un mecanismo protector al derecho a la seguridad jurídica, el cual tiene alcance frente al principio de sostenibilidad del sistema y de la reserva pensional; los jueces deben estudiar la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos, para adoptar una decisión que sean al AFP quienes asuman la carga económica de las consecuencias del traslado o los dineros se devuelvan conforme al estudio actuarial determinado y que con ello se cubra la totalidad de la prestación. Sustenta su recurso en la sentencia SL 8189 de 2008. Las sentencias SU 062 de 2010, SU 130 de 2014, SL 4989 de 2014, SL 1688 de 2019, ordenan a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento. Que el ISS y Colpensiones fueron respetuosos de la autonomía de los afiliados. En caso de no accederse a las pretensiones del recurso, solicita que no sea impuestas costas a Colpensiones porque se ha obrado de buena fe y conforme a los lineamientos de la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita que la sentencia sea confirmada, toda vez que los fondos privados demandados no presentaron

prueba idónea donde se explicara a la parte demandante, en forma clara y suficiente al momento del traslado y se resaltó en la sentencia que el actor en su interrogatorio manifestó no conocer algunos elementos propios del Régimen de Ahorro Individual y que cuando laboró para el Banco Comercial Antioqueño, dicha entidad pertenecía al mismo gremio que la A.F.P. COLFONDOS y adiciona que al actor nunca le informaron cuál fondo le otorgaba mayor rendimiento. Sostiene que desde el nacimiento de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual, se les impuso la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia en el Decreto 663 de 1993, para garantizar una afiliación libre y voluntaria, sin que se haya presentado en este evento. Que si bien se demuestra la existencia de un consentimiento, este no fue informado, conforme lo prevé el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, como se indicó en la sentencia SL 4360 de 2019, lo que genera retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido y ello conlleva, que las administradoras privadas trasladen a Colpensiones el capital ahorrado, rendimientos financieros y los gastos de administración.

El apoderado de Colpensiones solicita sea revocada la sentencia, dado que en este caso la libertad de escogencia de régimen pensional contemplado en los literales b) y e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, quedó acreditado al haber sido aceptado por la demandante que el fondo le suministro una información suficiente que le genere un grado de confiabilidad que la lleve a optar por pertenecer a dicho régimen, le informaron la posibilidad de que su capital ahorrado fuera heredable, la posibilidad de pensionarse anticipadamente y sobre los rendimientos que recibiría. Se opone a la censura que las administradora del Régimen de Ahorro Individual, no hayan proporcionado a la demandante una información suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones del traslado, pues ello desconoce que el deber de información ha tenido varias etapas, por lo tanto, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente al momento del traslado de régimen, pues de lo contrario se desvirtúa el principio de confianza legítima. Asegura que si bien, recae sobre las aseguradoras la carga de dar información al momento de la afiliación, también lo es, que en los afiliados recae el deber de informarse adecuadamente y cuidado al momento de tomar decisiones a la luz de la Ley 1329 de 2009.

Afirma que el demandante no puede ser trasladado al Régimen de Prima Media, al haber superado la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, tal y como lo determina la sentencia C 1024 de 2004. Por otro lado, manifiesta que la ineficacia o nulidad, resulta inoponible frente a terceros de buena fe como lo es Colpensiones teniendo como sustento lo señalado en el recurso de apelación. Que las entidades de seguridad social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social y en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión.

En caso de ser confirmada la procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, solicita se modifique la sentencia y se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones el valor del 100% del aporte realizado por la parte demandante, como son los aportes, rendimientos y el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, traslade las cuotas de administración y los valores descontados por cuotas de seguro previsional, durante el tiempo en que la parte demandante ha estado afiliada a dicha administradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas; y se adicione la sentencia condenando COLFONDOS S.A. a trasladar todos los gastos de administración y las cuotas de seguros previsionales de manera indexadas y con cargo a su propio patrimonio; además, que los conceptos que traslade a Colpensiones, aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Los alegatos los sustenta en la sentencia SL 81.989 de 2008, SU 062 de 2010, SU 130 de 2014, SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación** si hay lugar a i) Revocar la orden dada a COLFONDOS S.A, de trasladar a Colpensiones los gastos de administración; ii) Si hay lugar a revocar la orden de trasladar indexación los conceptos que se ordene trasladar; iii) Si hay lugar a modificar la sentencia y se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones: el 100% de la cotización realizada, los aportes y rendimientos,

los gastos de administración y cuota de seguro previsional de manera indexada, con cargo a su propio patrimonio; iv) A que se adicione la sentencia, ordenándole a COLFONDOS S.A a trasladar además de los gastos de administración y cuotas de seguros previsional indexada y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo; v) En caso de no acceder a las pretensiones del recurso, Colpensiones no sea condenada en costas.

Y en el grado jurisdiccional de **consulta**, se deberá determinar: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones los gastos de administración, entendido como: "... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes." debidamente indexados; iii) Revocar la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar el valor de los bonos pensionales.

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 abril de 1968 (fl. 5 del expediente digital 03); cotizó al ISS desde el 6 de febrero de 1987 a 31 de julio de 1997 (fl. 55); solicitó traslado a COLFONDOS S.A el 29 de junio de 1994 (fl. 53), y realizó un posterior traslado a PROTECCIÓN S.A. el 26 de julio de 1997 (fl. 41).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, el cual informó que trabaja dirigiendo una compañía de recuperación de cartera, tiene estudios en pregrado de administración de empresas, Doctorado en pensamiento complejo, Maestría en Estudios Políticos, Especialización en Gerencia; el traslado a COLFONDOS S.A se dio porque lo citaron al Banco Comercial Antioqueño para firmar el contrato como analista de crédito, le entregaba documentos, lo firmaba y lo devolvía; el formulario de afiliación lo entregó el área de personal en un paquete completo y él lo firmaba; ese formulario estaba diligenciado; no estaba presente un asesor de COLFONDOS S.A; se trasladó de COLFONDOS S.A a PROTECCIÓN S.A. porque iba a fundar el Fondo de Garantía de Antioquia, inicialmente hizo un contrato a través de la Cámara de Comercio de Medellín y lo pusieron a firmar los documentos entre ellos el cambio de fondo, y no estaba en presencia ningún asesor; leyó el formulario de afiliación a

COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. y los firmó en forma voluntaria; su interés de trasladarse es que su mesada pensional sería ínfima.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los**

intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**". (Resalto fuera del texto)

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217, 782 de 2021 y SL 1465 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, 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 COLFONDOS S.A. (Fondo de pensión 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 COLFONDOS S.A, aporte como prueba: historia de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación, comunicados de prensa (expediente digital 09), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente**.

Y frente a los alegatos presentados por Colpensiones, en relación a la declaración de ineficacia de la afiliación, con fundamento el art. 13 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia SU 062 de 2010, la Sala no lo acogerá, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde

se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

*“Así pues, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar, se itera, si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, **dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo** (SL1688-2019).” (Negrilla de la Sala)*

Adicionalmente no se acoge el argumento Colpensiones, porque la ineficacia del traslado puede ser declarada, aún en los eventos, en que el afiliado cuente con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en vista que con esta declaratoria lo que se busca es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual.

Y la sentencia 3034 de 2021 señaló al respecto *“Así mismo, es un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir SA en el año 2000, con lo cual, se desdibujó por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).”*

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado del demandante del demandante a COLFONDOS S.A y posteriormente a PROTECCIÓN S.A.; y la orden dada a PROTECCIÓN S.A de trasladar a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al Régimen de Prima Media en caso de haberse ya redimido, y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos así como los aportes al fondo de solidaridad pensional en caso de que se hubiese realizado.

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.

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

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, al señalar: “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”

menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

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

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

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

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente*

indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”

Conceptos que no prescriben teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

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

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

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

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

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a las sociedades COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN 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*”, y el pago de dichos conceptos sean debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que el demandante realizó aportes en cada uno de esos fondos.

Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

3. Del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PROTECCIÓN 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 62 años, ellos es, para el **9 de abril de 2030** al haber nacido el 9 de abril de 1968, 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 a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de COLFONDOS S.A por no prosperar el recurso de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **ORDENARLE** a las sociedades COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, y el pago de dichos conceptos sean debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a PROTECCIÓN 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: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de COLFONDOS S.A, por no prosperar el recurso de apelación.

QUINTO: 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



HUGO JAVIER SALCEDO OVIÉDO



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	: CARLOS FELIPE ROJAS TORO
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2022-00220-01
RADICADO INTERNO	: 271-23
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 24 de octubre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 24 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario