

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: SILVIA HOYOS RODRIGUEZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN SA y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-011-2022-00258-01
RADICADO INTERNO	: 236-23
DECISIÓN	: MODIFICA, ADICIONA, REVOCA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 280

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 el grado de consulta a favor de Colpensiones, 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:

Se reconoce personería a la Dra, TATIANA LÓPEZ ÁLVAREZ, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado por cumplir con los requisitos del artículo 75 y S.S del C.G.P.

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 ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A., a devolver al régimen de prima media todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros y gastos de administración, que se condene a Porvenir y a

Colfondos a trasladar los dineros faltantes en caso de que el saldo sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima media, incluyendo los rendimientos obtenidos en este último, y que se ordene a Colpensiones a validar los aportes trasladados por las entidades demandadas y a incorporarlos en la historia laboral del asegurado, y se condene en costas a las demandadas.

Como supuestos fácticos manifestó que fue trasladado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a Colfondos el 01 de marzo de 1997, que luego se trasladó a Porvenir S.A el 01 de septiembre del 2000, posteriormente a Protección S.A desde el 01 de enero de 2013, y luego nuevamente a Porvenir S.A el 01 de julio de 2013, sin embargo indica que en todos los casos se omitió la obligación del buen consejo por parte de las AFP al no brindarle una información clara y completa de los beneficios y consecuencias de dicho traslado; que no hubo un consentimiento informado al momento de tomar la decisión de trasladarse, considerando que este punto es razón suficiente para declarar nulo el traslado. El 03 de junio de 2022 solicitó a las AFP de régimen de ahorro individual la información de su pensión, no recibiendo respuesta de ninguno. El 03 de junio de 2022 solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado recibiendo al respecto, una respuesta automática mediante oficio 2022_7246196.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que se acepta que el demandante nació el 19 de agosto de 1960, que la Ley 100 permitió la creación de los fondos privados, no le constan los demás hechos. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación de aceptar la vinculación del RPM con prestación definida administrado por Colpensiones, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (artículo 48 constitucional), prescripción, compensación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, genérica (Expediente Digital 003).

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad al dar respuesta acepta lo manifestado frente a la validez de la ley 100, no aceptó ninguno de los demás hechos, aclarando que la afiliación del demandante se realizó el 30 de septiembre del 2000 con inicio de efectividad el 01 de octubre del 2000, agregando que se brindó información suficiente al demandante sobre los beneficios de su traslado. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones de fondo la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (Expediente Digital 005)

RESPUESTA PROTECCIÓN

Por su parte, PROTECCIÓN, acepta que el 03 de junio de 2022 la parte actora solicitó a la entidad la información mencionada, y no aceptó los demás hechos. Frente a las pretensiones se opuso a la totalidad de las mismas, y como excepciones propuso las 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, genérica, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración 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 obligación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento en el caso concreto, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones (Expediente Digital 006).

RESPUESTA COLFONDOS

La entidad demandada aceptó lo manifestado frente a la creación de la Ley 100 y el fin de la misma, dando una explicación detallada sobre el mismo tema. No aceptó los demás hechos. Frente a las pretensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Como excepciones propone la de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la

afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 001 al 021 del Expediente Digital 007).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 03 de agosto de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la señora SILVIA HOYOS RODRIGUEZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad en las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.

CONDENÓ a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de SILVIA HOYOS RODRIGUEZ, junto con bonos pensionales si hay lugar, sumas de las aseguradoras, rendimientos, intereses, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía en pensión mínima. Lo anterior con su correspondiente indexación.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero, que le sean trasladadas por las entidades demandadas y a activar la afiliación de la demandante, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.

DECLARÓ no probada la excepción de prescripción y las demás excepciones formuladas por las codemandadas quedan implícitamente resueltas.

CONDENÓ en costas a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y fijó como agencias en derecho a favor del demandante, la suma de \$1'160.000 a cargo de cada una de ellas.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión **la entidad COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación indicando no estar de acuerdo con la codena a que se trasladen los gastos de administración, primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, argumentando que estas deducciones a las cuentas de ahorro individual del demandante se realizaron en concordancia con la normatividad válida, exequible y vigente, que se trata de comisiones causadas y pagadas durante el periodo en que Colfondos administró los recursos de la cuenta individual de ahorro del demandante, generando los rendimientos superiores a los generados en el régimen de prima media, sosteniendo que los gastos de administración son conceptos de tracto sucesivo y se causan por la periodicidad que cause la norma, razón por la cual manifiesta que en caso de no ser reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación se encontrarían prescritos. Manifiesta que dichos gastos no encuentran una razón jurídica para devolverse, pues considera que no puede ser desconocido por el Juzgador los hechos y circunstancias fácticas que giran en torno a los traslados y sus efectos producidos, puesto que, a pesar de ser considerados ineficaces, las afiliaciones mencionadas superan más de 20 años en la mayoría de los casos, y mientras permanecieron válidas las afiliaciones se produjeron efectos jurídicos válidos. Sostiene que las administradoras cumplieron su deber de administrar las cuentas de ahorro individual del demandante, agregando que durante su administración se produjeron rendimientos en su cuenta de ahorro individual, por lo que considera que es deber del a quo aplicar los principios constitucionales de equidad y justicia, ya que se interpreta que si se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación legal de trasladar las cuotas de administración, debido a que gracias a la administración brindada se generaron grandes rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante, que en comparación con los gastos de administración, entiende que estos gastos son muy inferiores a los rendimientos otorgados. En igual sentido, en atención de que el porcentaje de la prima de seguro provisional sostiene que ya fue cancelada, y manifiesta que las empresas aseguradoras cumplieron con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, expresando que no se considera viable el traslado de los recursos mencionados pues de ser así se debieron vincular a este tipo de procesos las aseguradoras contratadas para aquel fin. Por último, sostiene que con la sentencia impuesta en contra de Colfondos no

es de recibo, argumentando que los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro pensional del demandante se incluye rendimientos, razón por la cual se estaría en presencia de un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones, reiterando que los dineros que se encuentran la cuenta de ahorro individual tienen rendimientos financieros que se consideran ajustados a la indexación a probar.

El apoderado de PORVENIR presenta recurso de apelación manifestando que, a su criterio, no existen fundamentos fácticos y se aparta de las consideraciones planteadas por el Juzgador en primera instancia en cuanto las ineficacias, señalando que durante el interrogatorio de parte rendido por la demandante indicó que su traslado partió de una decisión voluntaria, por lo que no considera aplicables las sanciones del artículo 271 y 272 de la Ley 100. Se pone de presente que dicho traslado fue con el acompañamiento de un asesor comercial del fondo privado, agregando que se suscribió un formulario de afiliación el cual contaba, para la fecha, con los requisitos exigidos por el Decreto 692 de 1994. Destaca el apoderado lo indicado por la demandante frente a que recibió una charla de un asesor comercial del fondo privado, el cual le indicó en su momento que el ISS se iba a acabar; sin embargo, la demandante manifestó no recordar más circunstancias de modo en cuanto a cómo se dio su traslado del régimen pensional hacia Colfondos, asunto que resulta relevante para el apoderado debido a que pone en duda la alegación indefinida realizada en el escrito de la demanda referente a si verdaderamente no recibió una información por parte de las AFP, en razón de las manifestaciones anteriormente mencionadas; reiterando en que la demandante expresó no recordar mucho más aparte de que le mencionaron el fin del ISS y unas ventajas. Destaca que la demandante indicó que se trasladó a la AFP Protección por la búsqueda de mejores rendimientos, de lo cual se interpreta que la demandante sí entendía que las razones que giran en torno a una acumulación de capital, por lo que se cuestiona si realmente es cierto que no recibió una información por parte de los asesores comerciales del fondo privado. Por otro lado, pone de presente que la entidad demandada no cuenta con un soporte probatorio adicional al anexado con la contestación de la demanda, debido a que no fue sino hasta el año 2016, mediante la circular 016 emitida por la superintendencia financiera en la que se les empezó a exigir a los fondos privados tener un soporte adicional, y con base a esto

considera que la entidad demandada no se encuentra en una posición favorable probatoria que le permita acreditar la entrega de información. Se pone de presente que la motivación de la parte actora no radica en una inconformidad de cómo se dio la afiliación, sino en el monto de la mesada pensional que se recibiría en el RAIS, complementado que la Sala Laboral de la CSJ ha manifestado que dicha motivación económica no es suficiente para que se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado al régimen pensional, agregando que no hay razones para aplicar el precedente jurisprudencial. Con todo lo anterior se solicita sean revocadas las siguientes condenas:

En cuanto a la condena a trasladar los gastos de administración y primas de seguros provisionales de aportes o descuentos realizados a las aseguradoras, manifiesta que dichos descuentos se realizaron conforme al artículo 20 de la ley 100, agregando que los mismos también son realizados en el RPM y no van a constituir el capital que financiaría la mesada pensional si la misma hubiese permanecido sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida.

Frente a la condena de trasladar los descuentos legales realizados por la entidad demandada por gastos de administración, prima de seguros provisionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, al considerar que esto es desconocer el principio de restituciones mutuas que nace de la declaratoria de ineficacia. Por lo que, los rendimientos ocasionados por la administración de las AFP respecto a los aportes adicionales de la demandante no se debieron haber generado en ningún momento y en ese sentido se considera que la condena a realizar el traslado, más la indexación, sería un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones y una condena doble en contra de Porvenir. Agrega que con la condena y la indexación se atenta contra el principio de congruencia y el de seguridad jurídica, pues se está condenando a la entidad demandada al traslado de los rendimientos ocasionados, y a su vez el acto se está dejando sin efectos por la declaratoria de ineficacia.

Considera improcedente ordenar el traslado del bono pensional ocasionado por el demandante producto del traslado del régimen pensional, ya que al considerar que con la declaratoria vuelven las cosas a un estado anterior, por

lo que considera que no se debió haber ocasionado dicho hecho generador del bono pensional, además de que considera que se generaría una consecuencia jurídica sobre una entidad que no fue llamada al presente juicio como lo es la entidad emisora de dicho bono pensional, por lo que considera improcedente condenar dicho traslado.

Por último, se solicita revocar la condena en costas argumentando que no fue la entidad demandada la que tuvo injerencia en el acto jurídico de traslado, sino que este se efectuó ante Colfondos, por lo que argumenta que la AFP Porvenir afilió a una persona que ya se encontraba en el RAIS, cumpliendo con las disposiciones normativas que existían para la fecha de la realización del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones solicita no acoger el fallo de primera instancia considerando que la señora Silvia Hoyos cuenta en la actualidad con 62 años de edad, lo cual hace inviable el traslado de régimen conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y por cuanto además la decisión de declarar la ineficacia del traslado puede poner en riesgo la expectativa pensional de los demás afiliados al sistema y en razón a ello solicita tener en consideración al momento de proferir sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, a fin de proteger el sistema pensional y en conjunto, a sus afiliados.

De igual forma indica que las cargas probatorias impuestas a los fondos privados resultan desproporcionadas resaltando que debían cumplir es con las obligaciones vigentes al momento en que se efectuó el traslado, indicando que como Colpensiones fue un tercero de buena fe no se debe emitir ninguna condena en su contra.

En el hipotético evento que se decida conceder las pretensiones que deprecia la demandante, solicita condenar a la AFP Porvenir S.A., a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos

pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho, y que se allegue por parte de Colfondos y Protección el valor de las cuotas o gastos de administración que se causaron durante el lapsus que duró la afiliación de la señora Silvia a dichas AFP.

El apoderado de la parte demandante presenta escrito de alegatos reiterando los argumentos ya expuestos a lo largo del proceso relacionados con la falta del deber de información y la procedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado.

El apoderado de Porvenir presenta alegatos de conclusión y señala con respecto a la ineficacia del traslado que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues 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 la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Que, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la

época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

Que además toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y que por lo tanto se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad

Social en Pensiones. Así mismo indica que no debe ser condena en costas por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del grado de consulta a favor de Colpensiones, y atendiendo a los recursos presentados i) si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; y según lo argumentados en los recursos de apelación en determinar ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración, y si debe trasladarse las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de adicionales, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, si hay lugar al traslado del bono pensional y si es procedente que dichas sumas se ordene trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 19 de agosto de 1960, (fls 05 del Expediente Digital 001); cotizó a Colpensiones desde el 13 de septiembre de 1989, se trasladó a Colfondos de forma efectiva el 01 de marzo de 1997, se trasladó a Horizonte hoy Porvenir de forma efectiva a partir del 01 de septiembre 2000, posteriormente al fondo Protección de forma efectiva desde el 01 de enero de 2013, y finalmente a Porvenir S.A. a partir del 01 de julio de 2013.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el **interrogatorio de parte** absuelto por la demandante, no se evidencia confesión alguna, manifestando que para la época del traslado a Colfondos en el año 1997 se le indicó que el ISS se iba a acabar, y que lo mejor era afiliarse a un fondo privado; que durante su jornada laboral los diferentes fondos privados se acercaban a tener espacios dónde brindaban asesorías grupales en las que debía asistir la demandante; luego se realizaban asesorías individuales, dónde indica no haber información relevante en los formularios de afiliación, además de no tener oportunidad de expresar sus dudas; posteriormente se trasladó a Porvenir en el año 2000 bajo las promesas de unas condiciones más beneficiosas que las que ostentaba; luego en el año 2013 se afilió a la AFP

Protección hasta el mes de julio del mismo año, dónde se trasladó nuevamente a Porvenir; no ha recibido asesoría de Colpensiones durante el tiempo que lleva afiliada a los fondos privados; indica que no recibió mucha información por parte de los asesores comerciales de los fondos privados, además de indicar no tener espacio para plantear sus dudas ante los mismos; no recibió información sobre el funcionamiento de los bonos pensionales; no fue asesorada por Protección al cumplir los 47 años estando bajo su afiliación; manifestó que su motivación a cambiarse de fondo nace de que al consultar en Porvenir estaría recibiendo una pensión inferior.

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;...”.

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

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, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

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 y 4811 de 2020, 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. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues Colfondos S.A., 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 dichas entidades **en el año 1997**, sin que les haya 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, 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 genera que se

haya violentado 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** 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 las entidades demandadas (Colfondos, Porvenir y Protección), hoy aporten, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le 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 confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la parte demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

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 siguientes:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los*

rendimientos ...”, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: “... *el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.*”, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 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)*”

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben de ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 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.”

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que en primera instancia se ordenó indistintamente a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A, a trasladar a COLPENSIONES, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de SILVIA HOYOS RODRIGUEZ, junto con bonos pensionales si hay lugar, sumas de las aseguradoras, rendimientos, intereses y gastos de administración. No obstante lo anterior la sentencia debe ser MODIFICADA en el sentido de que PORVENIR S.A que es el último fondo donde se encuentra afiliada la demandante es quien deberá devolver los aportes obligatorios que se encuentren en la cuenta de ahorro individual así como los respectivos rendimientos, más lo descontado por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía en pensión mínima, debidamente indexados y COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A, deberán trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada con cada uno de dichos fondos debidamente indexados.

De igual forma se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención,

siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, 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.

Ahora, de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022, SL-756-2022 y SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de los dineros ordenados en la sentencia, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Por lo anterior lo legal y pertinente será CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín.

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

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: MODIFICAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de que PORVENIR S.A que es el último fondo donde se encuentra afiliada la demandante es quien deberá devolver a Colpensiones los aportes obligatorios que se encuentren en la cuenta de ahorro individual así como los respectivos rendimientos, más lo descontado por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía en pensión mínima, debidamente indexados y COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A, deberán trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada con cada uno de dichos fondos debidamente indexados

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín en el sentido de indicar que, en caso de que dentro del periodo de afiliación a COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a Colpensiones debidamente indexados.

TERCERO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, indicando que, en el eventual caso, de que dicho bono ya haya sido redimido, **se ORDENA** a PORVENIR 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.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de los dineros ordenados en la sentencia, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

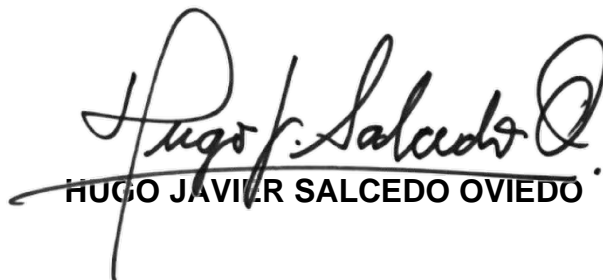
SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. en la suma de \$1.160.000 a cada uno por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

SEPTIMO: 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 OVIEDO



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	: SILVIA HOYOS RODRIGUEZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN SA y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-011-2022-00258-01
RADICADO INTERNO	: 236-23
DECISIÓN	: MODIFICA, ADICIONA, 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 03 de octubre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 03 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO