

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, cuatro (04) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: NICOLAS DARIO VARGAS BEDOYA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-015-2023-00026-01
RADICADO INTERNO	: 313-23
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 343

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:

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 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 25 de junio de 1999 a través de Colfondos S.A y se DECLARE la no solución de continuidad en la vinculación del actor al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones y se ORDENE a Protección S.A y a Colfondos S.A, a devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, aportes obligatorios, rendimientos, gastos de administración, y todos los conceptos que integran el capital pensional del demandante, y se ORDENE a Colpensiones activar la afiliación considerando en atención a la declaratoria de la ineficacia que siempre ha estado vinculado en el régimen de prima media y que como tal, tiene derecho a pensionarse bajo los parámetros de dicho régimen, y se ORDENE a Colpensiones a recibir las sumas que se devuelvan del régimen de ahorro individual, y se CONDENE a las demandadas a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 4 de abril de 1962 por lo que tiene 60 años de edad a la presentación de la demanda, en toda la vida laboral ha trabajado al servicio de diferentes empleadores del sector privado y a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social se encontraba afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales cotizando ante dicha entidad alrededor de 654 semanas; que en desarrollo de sus actividades laborales al servicio de Acora limitada fue abordado por personal proveniente de Colfondos S.A con la finalidad de que se trasladara al mismo; el 25 de junio de 1999 por no haber recibido información técnica, adecuada, completa, clara, oportuna y suficiente para formar un convencimiento informado, y teniendo móviles equivocados, suscribió formulario de afiliación o traslado a Colfondos S.A y posteriormente el 01 de julio del año 2000, bajo la misma inadecuada información, suscribió formulario de afiliación a Protección S.A donde se encuentra afiliado actualmente.

Que ha cotizado al día de hoy un total de 1.915 semanas y que Colfondos a través de su asesor nunca le puso de presente las particularidades del sistema de ahorro individual, ni mucho menos le advirtió las implicaciones desfavorables que podrían generarse con su traslado, y en síntesis indica que no se le advirtieron las consecuencias desfavorables del traslado pues nunca se le puso de presente que para pensionarse por vejez no dependía únicamente de las semanas cotizadas sino de diferentes variables financieras como rentabilidades, bonos pensionales, edad de los beneficiarios, y modalidades de la pensión que escogiera, y qué dicha información tampoco le fue suministrada por Protección S.A, ni tampoco le informaron acerca de la posibilidad de regresar al régimen de prima media 10 años antes de que cumpliera la edad para pensionarse por lo que concluye que las entidades del régimen de ahorro individual no cumplieron con el deber de información, asesoría y buen consejo.

Que el 21 de julio del 2022 solicitó a Protección le realizará la proyección de su mesada pensional y en carta del 4 de agosto del 2022 protección remitió la proyección de la cual se advierte que la mesada pensional en el régimen de prima media sería de \$3.052.523, y en el régimen de ahorro individual sería de \$1.000.000; el 21 de julio del 2022 solicitó a Protección el traslado para Colpensiones y mediante respuesta al 01 de septiembre del mismo año se le indicó que no era procedente por faltarle menos de 10 años para pensionarse, el 21 de julio del 2022 solicitó a Colpensiones la ineficacia del traslado la cual fue negada mediante respuesta del 22 de julio del mismo año.

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta que el señor NICOLÁS DARÍO VARGAS BEDOYA nació el día 04 de abril de 1962, y que este se afilió a dicha sociedad como consta en formulario de afiliación anexo a la demanda, desde el 28-6-2000, y acepta además que para la presentación de la demanda ha cotizado 1.915 semanas, y por ultimo acepta las peticiones presentadas y la respuesta dada a las mismas, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones 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, innominada o genérica, 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.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta a la demanda aceptó igualmente la edad del demandante, que a la vigencia del sistema de seguridad social se encontraba afiliado en el régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, y acepta la solicitud de traslado y la respuesta negativa a la misma, 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 al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - art. 48 de la constitución política, prescripción, compensación, buena fe, imposibilidad de condena en costas.

RESPUESTA COLFONDOS S.A

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta la edad de la demandante, y no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o 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 S.A.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 05 de octubre de 2023, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la INEFICACIA DEL TRASLADO del señor NICOLÁS DARÍO VARGAS BEDOYA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad en las AFP COLFONDOS S.A., y PROTECCION S.A.

CONDENÓ a PROTECCION 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 del señor NICOLÁS DARÍO VARGAS BEDOYA, esto es, los respectivos aportes, rendimientos, y cuotas de administración, sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demanda.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración que le fueron descontados al demandante durante el periodo en que permaneció afiliado a dicho fondo.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero que le sean trasladadas por PROTECCION Y COLFONDOS S.A. y a activar la afiliación del señor NICOLÁS DARÍO VARGAS BEDOYA, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.

ABSOLVIÓ a PROTECCIÓN S.A. de trasladar a COLPENSIONES el concepto denominado en la demanda como BONO PENSIONAL y conceptos que integran el capital pensional del demandante.

DECLARÓ no probada la excepción de prescripción y las demás formuladas por las codemandadas como implícitamente resueltas con lo decidido.

CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y fijó como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$2.320.000, distribuidos en \$1.160.000, que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de Colfondos S.A presenta recurso de apelación manifestando que el demandante al momento de su traslado estaba en capacidad y tenía conocimientos que lo llevaron a tomar la decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse a Colfondos y que para el año 2004 las AFP realizaron una publicación a través de la cual se le informaba a los afiliados que podían trasladarse de régimen si así lo quisieran, precisando además que al demandante le aplica la restricción contenida en el literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993, y por lo tanto no comparte la decisión de declarar la ineficacia del traslado ni los efectos jurídicos que de ella se derivan pues indica que en este asunto no se alegó y menos se probó los eventos previstos en el artículo 1741 del código civil para declarar una nulidad absoluta o siquiera relativa al acto jurídico, pues indica que el formulario de afiliación fue firmado de forma voluntaria y resalta además que al demandante le asistía el Deber de estar informado y cerciorarse sobre los servicios que iba a contratar, más teniendo en cuenta según lo dijo el demandante que tiene estudios de contabilidad. Por lo anterior solicita revocar la sentencia de primera instancia.

El apoderado de Colpensiones interpone recurso de apelación manifestando que se debe revocar la ineficacia en el entendido de que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico de traslado suscrito por el actor, y que por lo tanto los efectos de este acto no lo pueden perseguir pues la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho y que en caso de Colpensiones se consolida por los más de 15 años que ha estado el demandante en el régimen de ahorro individual, y reitera que obligar a Colpensiones a que reciba una persona que no ha estado realizando cotizaciones por más de 15 años en el régimen de prima media en el que no se ha podido proyectar esta prestación jurídica y sus contingencias, sería un atentado contra la estabilidad financiera del sistema pues este principio representa la garantía de las personas que si han cotizado al sistema y que se pueden pensionar en él, y por lo tanto, la ineficacia del traslado y la devolución de los aportes es una condena que vulnera el sistema de libre competencia entre los dos regímenes, y desconoce la obligación legal de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema defraudando los intereses de las personas que legítimamente lo han conformado con sus aportes, por lo anterior solicita no acoger las pretensiones incoadas y revocar la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colfondos S.A presenta alegatos manifestando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Que partiendo de lo anterior, en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso por cuanto el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo

viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que no se puede desconocer que la AFP, le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte, y que por lo tanto en el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

Que además dicha entidad cumplió con sus obligaciones que para el momento de la afiliación se le exigía y cumplió con todas las obligaciones de asesoría e información vigentes para la fecha.

Que además el afiliado decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT, y se debe tener en cuenta la voluntad del actor de permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Respecto a la imposición de cargas probatorias inexistencias indica que respecto al alcance de la información - la misma tiene que ser no solo de calidad sino "CALIFICADA"-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1637-2022 Radicación No. 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Que la primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos.

Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A, indicando en este sentido que tampoco es procedente la devolución de las cuotas de administración.

El apoderado de Colpensiones citando sentencia del Tribunal Superior de Pereira indica que la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada y atractiva para el fortalecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

A tono con lo anterior, se concluye que el demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS con la AFP PROTECCION y COLFONDOS y que cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde que ingreso al Régimen de Ahorro individual, puesto que solo hasta el 2023 pretende devolverse al Régimen de prima media administrado por Colpensiones, es decir que más de 15 años disfruto de los beneficios otorgados por el RAIS, pues fue una decisión tomada de manera libre, consciente y sin presión alguna que pudiera derivar en un vicio del consentimiento.

Agrega que el demandante no puede ser beneficiario del régimen de prima media administrado por Colpensiones y mucho menos de una pensión de vejez al momento de cumplir requisitos, pues es claro que presento un traslado al régimen de ahorro individual con la AFP PROTECCION y COLFONDOS por lo que solicita se desestimen todas las pretensiones incoadas en la demanda, incluyendo el hecho condenar en costas a Colpensiones pues siempre se ha actuado en debida forma y la entidad ni participó ni tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen, por lo que solicita no acoger las pretensiones incoadas y REVOCAR la sentencia de primera instancia, pues el fondo privado es la

entidad que debe de resolver su situación de prestación de vejez al momento de cumplir requisitos.

Así mismo solicita en caso de condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante al Régimen de prima media, que los fondos privados trasladen todos los aportes, incluidos los rendimientos y los gastos y cuotas de administración, egresos que han fortalecido el patrimonio del fondo privado a expensas de la mala asesoría que realizó al demandante, de acuerdo con las últimas sentencias de la corte suprema de justicia.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en consulta a favor de Colpensiones y conforme a los recursos de apelación interpuestos: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, los dineros de la cuenta de ahorro individual, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 04 de abril de 1962, (fls 31 del PDF 01), se afilió al ISS desde el 20 de febrero de 1985, (fls 39 PDF 07), se trasladó a Colfondos S.A de forma efectiva a partir del 01 de agosto de 1998, y a ING hoy Protección S.A a partir del 01 de agosto del año 2000, (fls 25 PDF 11).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se afilió a Colfondos S.A pero no recuerda la fecha con exactitud pero si recuerda que fue en el año 1999, que no fue asesoría sino que el asesor de Colfondos le llevó el formulario y él lo firmó, que luego se trasladó a Santander pero no recuerda bien como fue el traslado porque fue hace mucho tiempo y que se trasladó porque le dijeron que Colfondos iba a desaparecer,

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 la entidad accionada 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 dicha entidad **en el año 21998**, sin que le 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 tuvieron 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 la sociedad accionada, hoy aporte, 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.

Ahora, considera la Sala que las sumas objeto de traslado deben contener la indexación pues la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1688 de 2019 ha sido clara en manifestar que además de los rendimientos deben devolverse también los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, expresó la referida providencia

*“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)*

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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."

Además de lo ya mencionado considera la Sala que debe ordenarse la devolución de los rubros mencionados así no hayan sido solicitados en la demandada dado que conforme se ha expuesto por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación inicial al RAIS, y en razón de ello, se deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado y aportado a las AFP o lo descontado por estas deba trasladarse a Colpensiones, con el fin de que se financie la pensión que deba reconocerse en el RPM.

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA, para en su lugar ORDENARLE a PROTECCION, y COLFONDOS S.A, para que trasladen a Colpensiones además de lo ordenado en la sentencia de primea instancia **los gastos de administración** constituidos por "*las cuotas de administración, la prima de reaseguros de Fogafín en caso de que se hayan descontado y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*" por el

tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada uno de dichos fondos, lo cual deberá realizar de forma indexada.

Así mismo se REVOCA la sentencia y se ordena a PROTECCION S.A para que traslade además del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del demandante los rendimientos financieros, lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima.

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 la totalidad de los dineros de los cuales se ordena su traslado, **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 Quince Laboral del Circuito de Medellín.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A y Colpensiones en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas 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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar ORDENARLE a PROTECCION, y COLFONDOS S.A, para que trasladen a Colpensiones además de lo ordenado en la sentencia de primera instancia **los gastos de administración** constituidos por *“las cuotas de administración, la prima de reaseguros de Fogafín en caso de que se hayan descontado y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada uno de dichos fondos, lo cual deberá

realizar de forma indexada. Así mismo se ORDENA a PROTECCION S.A para que traslade a Colpensiones lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros de los cuales se ordena su traslado, 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

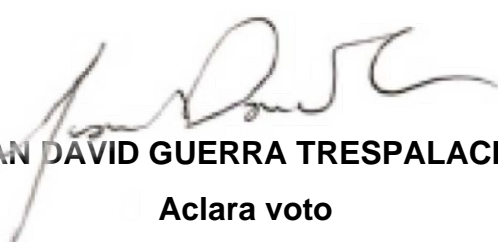
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A y Colpensiones en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO: 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



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS

Aclara voto



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa, y a efectos de dar claridad en torno a la postura sostenida en este tipo de procesos, estimo necesario precisar las razones por las cuales acompaño la decisión propuesta a la Sala por la magistrada ponente, particularmente en lo que se refiere a los efectos que implica la declaratoria de ineficacia del traslado para aquellas personas que se vincularon al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se acreditara el cumplimiento íntegro y cabal del deber de información.

Mientras estuve ejerciendo el cargo como Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, al interior de las providencias emitidas, sostuve que dentro de los dineros que debían entregar las administradoras del RAIS a Colpensiones, si bien se incluían las comisiones y gastos de administración, no ocurría lo mismo con los recursos dirigidos al pago de los seguros previsionales.

Posteriormente, a partir de un nuevo estudio del tema, incluidas las nuevas providencias que en torno al tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales han sido reiteradas en torno al tema, me veo en la necesidad de recoger la posición en principio adoptada, al contar con elementos de juicio que así lo avalan.

Lo anterior encuentra como sustento que se trata de recursos que integraban la cotización realizada al sistema pensional, por tanto, de cara a los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, cual es que el acto jurídico no produjo efectos, no es posible escindir los conceptos sufragados, y entender que parte de los gastos de administración deben ser entregados a Colpensiones y otros no, aun cuando tienen el mismo origen, máxime cuando es la AFP del RAIS quien originó o permitió que tales consecuencias se produjeran.

Como sustento de esta posición, pueden ser consultadas las sentencias CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022, CSJ SL3188-2022, CSJ SL1084-2023, CSJ SL2468-2023 y CSJ SL2105-2023. En la última de las citadas expresamente se señala:

Ahora bien, teniendo en cuenta que la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, las partes, en lo posible, deben volver las cosas al mismo estado en que se encontraban --como si el acto de afiliación no hubiera existido jamás--, esto es, con efectos ex tunc. En consecuencia, se confirmará el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de que, habiendo prosperado la declaratoria de ineficacia, para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

De otra parte, habrá de adicionarse el fallo de primer grado en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional, si lo hubiere. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, 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 estos términos dejo consignados los argumentos bajo los cuales debo clarificar el voto en esta oportunidad.

Fecha *ut supra*.


JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-015-2023-00026-01
Radicado Interno 313-23



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	: NICOLAS DARIO VARGAS BEDOYA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-015-2023-00026-01
RADICADO INTERNO	: 313-23
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA

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 05 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 05 de diciembre de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO