

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: HEBER DE JESÚS RÍOS PÉREZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A
LLAMADO EN GARANTIA	: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-021-2020-00239-01
RADICADO INTERNO	: 342-23
DECISIÓN	: ADICIONA, REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 355

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 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que en consecuencia, a se encuentra válidamente afiliado en el régimen de prima media que hoy administra Colpensiones y se CONDENE a SKANDIA S.A a trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual con todos los aportes, el bono pensional y todas las sumas que haya recibido con motivo de la afiliación con los rendimientos sin ningún tipo de descuento por gastos de administración, y se condene a Colpensiones a recibir el traslado de los aportes y todos los dineros que se han trasladados,

y a incluirlos en la historia laboral del demandante con los correspondientes periodos y semanas, y se condene a las demandas a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que estando afiliado en el régimen de prima media se trasladó al régimen de ahorro individual a Colfondos S.A el 30 de junio de 1995, y que en su lugar de trabajo se presentó un asesor comercial de dicho fondo a brindar una asesoría para vincularse al régimen de ahorro individual dado que le ofrecía mejores condiciones que las que eventualmente podría obtener en el régimen de prima media, que se le informó que el Instituto de Seguros Sociales estaba en crisis económica y se iba a terminar por lo que nunca se pensionaría con dicha entidad, y que la pensión de vejez que le ofrecía el fondo privado era mucho mejor y que además podría pensionarse anticipadamente pero no se le advirtieron las consecuencias adversas de dicho traslado, que luego se trasladó a Colpatria pensiones y cesantías el 30 de julio de 1999, y posteriormente se trasladó a Santander el 11 de febrero del año 2002, luego se trasladó a Porvenir S.A a partir de agosto del 2003, y posteriormente a Horizontes en marzo del 2004, retornó a Colfondos en febrero del 2005, y finalmente se trasladó a Skandia el 14 de diciembre del 2006.

Agrega que en ninguno de estos traslados se le suministro información suficiente que le permitiera determinar cuál régimen era más favorable ni se le indicaron las características de ambos regímenes ni desventajas del traslado; que realizó petición el 2 de octubre del 2019 a Colfondos la que fue resuelta mediante carta del 15 de octubre del 2019 en la cual se le aporta copia de la afiliación y de la historia laboral, y se le indicó que no era posible realizar proyección pensional dado que a la fecha no se encontraba afiliado en dicha AFP.

Que realizó petición el 2 de octubre del 2019 a Porvenir la cual fue resuelta mediante carta del 11 de octubre del 2019 donde se le aporta copia de las afiliaciones a Porvenir, Colpatria y Horizonte así como copia de la historia laboral, y se le indicó que las asesorías brindadas fueron de forma verbal; el 2 de octubre del 2019 interpuso derecho de petición a Protección el cual fue respondido el 8 de octubre del mismo año, y el 22 de enero del 2020 interpuso derecho de petición a Skandia y se le dio respuesta el 6 de febrero del mismo

año donde se le aporta copia de la afiliación e historia laboral, y frente a la asesoría se le indicó que la misma fue directa y personalizada por lo tanto no había soporte de la misma, y se le realizó una proyección pensional de la cual se evidencia que sería más alta la pensión en el régimen de prima media; que el 11 de abril del 2018 solicitó el traslado a Colpensiones el cual le fue negado por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

RESPUESTA COLFONDOS S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que se allana a los hechos y pretensiones formulados en la demanda.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta a la demanda aceptó el traslado realizado al RAIS, la petición presentada a dicha entidad y la respuesta dada a la misma, no aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación de reconocer una pensión de vejez, carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración - seguros previsionales - comisiones. valores indexados, prescripción, imposibilidad de condena en costas, compensación.

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta los traslados que el demandante realizó al RAIS, la petición realizada a dicha entidad y la respuesta dada a la misma, 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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica.

RESPUESTA SKANDIA S.A

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta los traslados realizados por el demandante al RAIS, la petición presentada a dicha entidad y la respuesta dada a la misma, no aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, cobro de no lo debido por inexistencia de la obligación, y la genérica.

Así mismo esta entidad llamo en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, el cual fue admitido por el despacho mediante auto del 24 de noviembre de 2020, (PDF 09).

La llamada en garantía al dar respuesta a la demanda manifestó que no le constan ninguno de los hechos contenidos en la demanda principal, y propuso como excepciones las de inexistencia de causal de ineficacia o nulidad, ratificación o saneamiento de la nulidad, excepción fundada en el principio nemo auditur propiam turpitudinem allegans-nadie puede alegar a su favor su propia culpa, improcedencia de reintegro de los rendimientos devengados y gastos de administración, prescripción, y la genérica.

Frente a los hechos relacionados con el llamamiento en garantía indica que Skandia pretende la vinculación de MAPFRE al presente proceso, pero no indica cual es el objeto de dicha vinculación, ni qué tipo de declaraciones o condenas pretende que se emitan en el curso de este llamamiento, lo que claramente dificulta el derecho de defensa de dicha aseguradora, pese a lo indicado propone las siguientes excepciones, “ineficacia del llamamiento, inexistencia de derecho por parte de la llamante en garantía, el contrato de seguro previsional es un contrato autónomo y obligatorio, el juez en sus decisiones debe respetar el imperio de la ley, pacta sunt servanda, el contrato de seguro previsional es oponible al asegurado quien carece de legitimación para demandarlo, el contrato de afiliación del demandante y los fondos es inoponible a mi representada, la pretendida devolución de todo no puede comprender el importe de las primas devengadas, mi representada no está en la obligación de soportar una carga que constituya un gravamen excepcional,

convalidación del acto, validez, cumplimiento y agotamiento del contrato de seguro, prima devengada, responsabilidad de skandia, inoponibilidad de la ineficacia demandada, pagos, compensaciones y restituciones mutuas, falta de título y causa, inexistencia de obligación, prescripción, buena fe y la genérica”.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad al dar respuesta manifestó que no le constan ninguno de los hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 24 de octubre de 2023, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante HEBER DE JESÚS RÍOS PÉREZ del RPMPD al RAIS y declaró la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD.

ORDENÓ a SKANDIA SA el traslado a COLPENSIONES y a esta a recibir los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CONDENÓ a COLFONDOS SA a trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, previa indexación, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor del demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

CONDENÓ en costas a COLFONDOS y en favor del demandante y fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión **el apoderado de Colfondos S.A** presenta recurso de apelación respecto a la orden de devolver las cuotas de administración y seguros provisionales, y la condena que impone solamente a Colfondos a pagar las costas procesales; respecto al primer punto indica que de acuerdo con el artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993, se menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, esto es, únicamente el saldo de la cuenta de ahorro individual incluido los rendimientos que se producen en esta, lo que impide que legalmente se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma por cuánto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, y que en razón de ello condenar a pagar valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa a favor del afiliado o de Colpensiones, y que además determinar que se deben de reintegrar los gastos de administración o las primas de reaseguros es tanto como ordenarle a una compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado devuelva el valor de la póliza, y que por lo tanto dichos gastos al no corresponder a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación y no ser parte integrante de ella es una razón de peso para argumentar la prescripción de dichas sumas.

Frente al tema de la indexación indica que al considerar que no deben de ser traslado dichos recursos tampoco procedería la indexación y frente a las costas argumenta que desde la contestación de la demanda se había allanado a las pretensiones del demandante, y aun así a pesar de que el actor tuvo varios traslados en su vida laboral al RAIS, solo fue condenado en costas Colfondos S.A, lo cual indica no resulta equitativo por cuanto las demás administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliado el demandante persistieron en la omisión del deber de información que se le debería garantizar al afiliado.

Por lo anterior indica que la condena en costas debe repartirse equitativamente entre todas las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual que hicieron parte o en las que estuvo afiliado el demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir S.A indica que PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le GARANTIZÓ a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

Que la misma entidad, mediante concepto No. 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, indicó que, el deber de asesoría por parte de las AFP solamente fue previsto cuando se creó el Sistema de Información al consumidor Financiero, esto es, con la Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Ley 1328 de 2009- y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010, y que por lo anterior dichas entidades únicamente cuentan con los formularios de afiliación, por lo que solicitar pruebas documentales distintas sin duda resulta una violación al debido proceso.

Que como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha establecido el deber de los fondos privados de acreditar el deber de información, precisa que dentro de la libertad probatoria debe analizarse lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio de parte y su conducta durante la permanencia en el fondo, al menos como indicios no solo de conocer aspectos específicos del funcionamiento del régimen de ahorro individual sino también de permanecer en este régimen, ya que a pesar de JAMÁS haber estado en imposibilidad de retornar al RPMPD, no lo hizo y por el contrario, realizó aportes en su cuenta de ahorro individual.

Que además de los indicios como medio de prueba, están las presunciones legales. Por ello, es fundamental indicar que, el artículo 9º del Código Civil, menciona que, “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa”; luego, la parte actora al igual que todos los habitantes del territorio nacional, les compete conocer el contenido de las leyes y, en el evento de que le surgieran inquietudes, realizar las consultas correspondientes.

Que por lo anterior PORVENIR S.A., no solo a partir del formulario de vinculación, sino a través de los indicios antes referidos y la presunción legal, acredita que cumplió con la carga de probar el deber de información para con la demandante.

Que si se decide confirmar la decisión del A quo en cuanto declaró la ineficacia del traslado pensional, solicita aplicar el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace referencia a los efectos de tal declaración, en tanto que, esta Corporación ha determinado que la consecuencia de la declaratoria es que, el traslado jamás existió; es decir, el afiliado siempre estuvo vinculado en el régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia) administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Y que si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, solicita AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos.

Así mismo indica que de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS), debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros, pues precisa que ordenar las restituciones mutuas, ni compensar estas sumas sobre los rendimientos financieros generados, resulta un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y/o el Estado “régimen de prima media con prestación definida”, al permitir que dicha entidad se beneficie sin haber ejercido la administración de tales recursos durante los periodos anulados.

Que, por lo anterior, resulta una doble sanción a cargo de dicha entidad que se le ordene además de reintegrar valores distintos a los expuestos, que estas

sumas sean indexadas, cuando en forma palmaria se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión por un acto jurídico que produjo plenos efectos jurídicos, con creces supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Con fundamento en lo anterior indica que se debe revocar la sentencia de primera instancia en lo que hace referencia a la declaración de la ineficacia; y en el evento de confirmar la decisión de la primera instancia en cuanto a declarar la ineficacia del traslado pensional, y a ordenar el reintegro de sumas adicionales a los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se debe confirmar que estos montos no se indexen, por cuanto los rendimientos obtenidos por la gestión de PORVENIR S.A., con suficiencia superan los rendimientos que hubiera obtenido la parte actora en el RPMPD.

La parte demandante presenta escrito de alegatos solicitando se confirme la sentencia de primera instancia y reiterando para ello los mismos argumentos ha expuestos a lo largo del proceso relacionados con la falta del deber de información a cargo de las AFP del RAIS.

La llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., solicita confirmar, la sentencia de primera instancia, en lo referente a la improcedencia del llamamiento en garantía realizado por el Fondo de Pensiones Skandia a Mapfre Colombia Seguros de Vida y la condena en costas, y solicita tener en cuenta los argumentos expuestos en la contestación al llamamiento en garantía y los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en consulta a favor de Colpensiones y conforme al recurso de apelación interpuesto: 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, y si es procedente condenar en costas a Colfondos S.A.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 01 de marzo de 1963, (fls 23 del PDF 02), se afilió al ISS desde el 03 de marzo de 1984, (fls 16 PDF 06), se trasladó a Colfondos S.A desde el 30 de junio de 1995, (fls 06 PDF 05), se trasladó a Colpatria desde el 30 de julio de 1997, luego a ING desde el 11 de febrero de 2002, y a Porvenir S.A desde el 24 de junio de 2003, y a Horizonte desde el 23 de marzo de 2004, luego a Colfondos S.A desde el 21 de diciembre de 2004, y finalmente se trasladó a Skandia S.A desde el 14 de diciembre de 2006, (fls 07 PDF 05).

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 el 30 de junio de 1995 refiriendo que estuvo en el régimen de prima media cuando ingresó a trabajar en empresas publicas de Medellín y que en el año 1995 cuando la empresa le notifica que debía de cambiarse para un fondo porque como empresas publicas era la que pensionaba hasta ese entonces lo mandaron al piso 11 para que buscaran en que fondo querían estar, que en ese momento no se interesó por ninguno pero fue una obligación ir allá al piso 11 y el asesor del fondo le dijo que firmara unos documentos y le dio las gracias por haber optado por ese fondo pero no recibió ninguna asesoría en ese fondo y que simplemente le dijo que el seguro social iba a desaparecer y que también le dijeron que iba a salir con una muy buena pensión. Que no le dijeron que iba a pasar con los aportes que tenía en el ISS. Que el 30 de julio de 1999 se cambio de fondo a Colpatria porque a la empresa siempre llegaban personas a hacer propuestas y hacer propuestas y le dijeron que dicho fondo estaba en los tres primeros puestos de solides y por eso se pasó. Que nunca le hablaron de aportes voluntarios, ni de bono pensional. Que la afiliación con Skandia fue porque un asesor le dijo que estaba en primer lugar y que todos los asesores le decían lo mismo de que iba a salir con una muy buena pensión.

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 1995**, 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, sin que sea relevante la reasesoria brindada en el año 2015 toda vez que lo que importa para la Sala en estos casos en la asesoría que se debió dar al momento del traslado inicial al RAIS, debiendo tenerse en cuenta además que según lo afirmado por la accionante en el interrogatorio de parte se le indicó en dicha reasesoria que la diferencia respecto al monto de la pensión en el RPM sería mínima y que por eso fue que se quedó allí y no se trasladó.

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."

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que en primera instancia se ORDENÓ a SKANDIA SA el traslado a COLPENSIONES y a esta a recibir los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, decisión esta que debe ser confirmada en la medida que Skandia es el último fondo donde actualmente se encuentra afiliado el demandante y por lo tanto es dicho fondo quien debe trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, con los rendimientos financieros y lo descotado para el fondo de garantía de pensión mínima.

De otro lado se ordenó en la sentencia solo a COLFONDOS SA trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, previa indexación, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor del demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS, **incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.**

No obstante, lo anterior dicha decisión debe ser REVOCADA pues cada uno de los fondos en los que estuvo afiliado el demandante son quienes deben devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, y los descuentos para pagos de reaseguros

del Fogafín en caso de que hayan sido descontados, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado con cada uno de dichos fondos debidamente indexados.

Por lo anterior se ORDENARÁ a COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A, que trasladen a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, y los descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín en caso de que hayan sido descontados, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado con cada uno de dichos fondos debidamente indexados.

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 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 anteriormente mencionado lo legal y pertinente será, REVOCAR, CONFIRMAR y ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín.

Ahora, en primera instancia se Condenó en costas solo a Colfondos S.A al considerar que fue dicho fondo quien dio lugar a la declaratoria de la ineficacia; no obstante, si bien es cierto que de conformidad con el numeral 01 del artículo 365 del C.G.P debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, también lo es que desde la contestación de la demanda, la AFP Colfondos se allanó a las pretensiones solicitadas en la demanda sin presentar oposición alguna, razón por la cual considera la Sala que las costas del proceso deben ser asumidas por todas las AFP del RAIS a las cuales se trasladó el actor. Por lo anterior deberá REVOCARSE la sentencia de primera instancia en este punto en particular, y en su lugar SE CONDENA en costas en primera instancia a COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A, y

se fija como agencias en derecho la suma de 1 salario mínimo para cada una de ellas.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A en la suma de \$580.000 prosperar parcialmente 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, que condenó solo a Colfondos S.A a COLPENSIONES las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, previa indexación, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor del demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP, y en su lugar, SE CONDENA tanto a COLFONDOS S.A, como a PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A, para que trasladen a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, y los descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín en caso de que hayan sido descontados, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado con cada uno de dichos fondos debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno 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: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, que solo condenó en costas a Colfondos S.A y en su lugar, SE CONDENA en costas en primera instancia a COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A, y se fija como agencias en derecho la suma de 1 salario mínimo para cada una de ellas.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A en la suma de \$580.000 por prosperar parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



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	: HEBER DE JESÚS RÍOS PÉREZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A
LLAMADO EN GARANTIA	: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-021-2020-00239-01
RADICADO INTERNO	: 342-23
DECISIÓN	: ADICIONA, REVOCA 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 14 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 14 de diciembre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO