

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - 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."

HECHOS: La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado en pensiones realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en consecuencia, se DECLARE válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y de forma subsidiaria solicita la nulidad del traslado al RAIS. En sentencia del 31 de enero de 2024, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ LA INEFICACIA de la afiliación y de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por JOHN JAIRO URREGO el 03 de mayo de 1996, entendiendo que para todos los efectos legales nunca se afilió o trasladó allí y por tanto debe continuar con su afiliación en el RPM PD hoy administrado por COLPENSIONES.(...) El problema jurídico en esta instancia gira en determinar según la consulta a favor de Colpensiones: 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 debe devolverse el bono pensional.

TESIS: (...) 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.(...) 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 ...". (...) "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."(...) Este deber profesional de información que existe desde 1994, esto es permitir 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.(...) 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). (...). 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).”

MP. HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

FECHA:02/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE : JOHN JAIRO URREGO
DEMANDADO : COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-025-2022-00418-01
RADICADO INTERNO : 050-24
DECISIÓN : ADICIONA, REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 075

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación y el grado de consulta a favor de Colpensiones, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

Se reconoce personería a la Dra, ANA MARIA PINEDA JARAMILLO como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado y por cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 75 y ss del C.G.P.

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado en pensiones realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en consecuencia, se DECLARE válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y de forma subsidiaria solicita la nulidad del traslado al RAIS.

Como consecuencia de la declaración anterior solicita se CONDENE a Protección S.A y a Porvenir S.A a transferir la totalidad de las sumas que reposen en la cuenta individual del señor JOHN JAIRO URREGO a Colpensiones, y se CONDENE a Colpensiones a admitir al señor JOHN JAIRO

URREGO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y a recibir la totalidad de las sumas que le sean trasladadas, y se condene a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 23 de septiembre de 1962 por lo que a la presentación de la demanda cuenta con 60 años de edad, empezó su vida laboral cotizando al Instituto de Seguros Sociales efectuando su primera cotización el 24 de julio de 1986 y alcanzando a cotizar un total de 494 semanas; que el 3 de mayo de 1996 firmó traslado a Protección S.A, permaneciendo en dicho fondo hasta el 22 de junio de 1999 cuando se trasladó a Colpatria la que fue absorbida por Horizonte hoy Porvenir S.A, fondo al cual está afiliado en la actualidad y refiere que el promotor comercial de Protección S.A lo contactó con una propuesta dirigida a comunicar de manera exclusiva todas las ventajas de trasladarse al régimen de ahorro individual pero que nunca se le ilustraron acerca de las desventajas de dicho traslado.

Por lo anterior indica que no se le brindó una asesoría completa, idónea ni transparente pues no se le advirtieron de las consecuencias particulares y de las consecuencias adversas del traslado.

Que en el mes de mayo del 2022 radicó solicitudes a Protección y Porvenir pretendiendo se le remitieran los estudios, asesorías o análisis realizados al momento del traslado, y en el mes de julio de 2022 recibe una respuesta de protección con los datos de su afiliación y la relación de aportes, y el 01 de septiembre del 2022 recibió respuesta de Porvenir en la que le indican que su pensión a los 62 años de edad sería de \$1.039.788 pero concluye que su pensión en el régimen de prima media sería mucho mayor, esto es, de \$1.912.723; agrega que el 18 de mayo presentó solicitud de traslado a Colpensiones y que la misma fue negada por dicha entidad aduciendo que no era procedente por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que es cierto que el demandante nació el 23 de septiembre de 1962, que empezó a cotizar al ISS el 24 de julio de 1986 y que cotizó un total de 494 semanas; que el 3 de mayo de 1996 firmó traslado a Protección S.A, permaneciendo en dicho fondo hasta el 22 de junio de 1999 cuando se trasladó a Colpatria la que fue absorbida por Horizonte hoy Porvenir S.A, fondo al cual está afiliado en la actualidad. Acepta además la petición presentada ante la 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 validez y eficacia de la afiliación al rais e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, aplicación del artículo 1746 del código civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisión y primas de seguro, prescripción, buena fe, innominada o genérica.

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta la fecha de nacimiento de la parte demandante, la afiliación a dicha entidad, la petición presentada 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, Innominada o Genérica, traslado de aportes a Porvenir.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta la fecha de nacimiento de la parte demandante, la afiliación al ISS, la petición presentada 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 carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas, compensación.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 31 de enero de 2024, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ LA INEFICACIA de la afiliación y de traslado

al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por JOHN JAIRO URREGO el 03 de mayo de 1996, entendiendo que para todos los efectos legales nunca se afilió o trasladó allí y por tanto debe continuar con su afiliación en el RPM PD hoy administrado por COLPENSIONES.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, traslade a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas con sus rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al RPM, en caso de haberse ya redimido. Y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración, y primas de seguros previsionales, debidamente indexados; así como los aportes al fondo de solidaridad pensional, en caso de que se hubiesen realizado en el caso de JOHN JAIRO URREGO desde el 1 de enero del 2000, y, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de estos recursos.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES en el mismo término, el valor de los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante por gastos o cuotas de administración, primas de seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; así como los aportes al fondo de solidaridad, de haberse realizado desde el 1 de julio de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 1999.

INDICÓ que, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a recibir de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. los valores que sean trasladados, y a incorporarlos como aportes pensionales efectivos en la historia laboral de la demandante.

CONDENÓ en costas a cargo de las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN por partes iguales y a favor de la demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.950.000, es decir, \$975.000, a cargo de cada fondo y no condenó en costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación, manifestando que el formulario de vinculación suscrito por el demandante a dicho fondo contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del decreto 692 del 94 y corresponde a la preforma adoptada por la superintendencia financiera a través de las circulares 034 y 037 1994, lo cual hace que para dicha época el formulario gozara de absoluta validez; resalta que en la medida en que la selección de régimen y administradora es un acto que concierne exclusivamente a la voluntad libre y espontánea del trabajador, y que implica la renuncia de ciertos derechos o el conocimiento de las diferencias de los regímenes pensionales en Colombia, indica que se consagró como requisito que dentro de los respectivos formularios se dejara la manifestación expresa sobre tales condiciones, la cual se respalda con la firma del afiliado dentro de los mismos.

Que además se debe tener en cuenta que del mismo interrogatorio de parte se desprende que la inconformidad del demandante es de índole económico y que ello no vicia el consentimiento, y agrega que también la confesión del demandante muestra el desinterés de este en su futuro pensional que solo hasta que se encuentra dentro de la prohibición legal de trasladarse decidió hacerlo.

Que además es inadmisibile que el demandante pretenda desconocer los efectos jurídicos derivados de la vinculación al régimen de ahorro individual bajo su propia culpa consistente en el descuido de su futuro pensional, y que en este orden de ideas, la pretensión de nulidad e ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual atenta contra el principio de la buena fe, y en particular contra la teoría de los actos propios pues desconoce no solo la suscripción del formulario de afiliación sino también la realización de aportes en su cuenta de ahorro individual.

Que además en el desarrollo legal y jurisprudencial sobre el deber de información indica que para la época que el demandante se trasladó se trataba de un deber más sencillo y no tan rígido como el actual, razón por la cual no puede endilgársele a dicha sociedad una carga probatoria que no era vigente para dicha época; frente a los seguros previsionales y la garantía de pensión mínima indica que se tratan de descuentos autorizados por la ley con destino a las aseguradas previsionales y con el propósito que ante un eventual siniestro se cubran las sumas adicionales requeridas para la prestación, y en ese sentido ordenar el traslado de dicha suma representaría un

enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones en detrimento de Porvenir.

Que además la sentencia no tuvo en cuenta que al ordenar devolver los rendimientos y ordenar la indexación se está incurriendo en una doble sanción por un mismo hecho tal y como lo refiere sentencias del tribunal superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de julio de 2022.

Que teniendo en cuenta que el efecto de la ineficacia es la inexistencia del mismo, es decir, que la misma no nació ni surgió a la vía jurídica, y por lo tanto, no es razón para que los emolumentos mencionados sean girados a Colpensiones teniendo en cuenta que los mismos surgieron con ocasión del vínculo que hoy se declara ineficaz, y que la única obligación que le asistiría Porvenir sería la de trasladar los aportes que por concepto de pensión hubiera realizado el demandante mas no los demás emolumentos; frente a la devolución de gastos de administración indica que los mismos se encuentran autorizados legalmente y surgen como contraprestación a la gestión desplegada por dicha entidad tendientes a rentar los dineros depositados en las cuentas de ahorro individual, y que son precisamente por dichas acciones las que hacen rentar el capital. Que no se puede dejar por fuera el hecho de que Porvenir ya había trasladado los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante y por lo tanto no podía disponer de estos dineros y trasladarlos dado que el demandante ya no se encontraba afiliado a dicha AFP. Por lo anterior solicita revocar la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir S.A reitera que cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha del traslado, y que, con base en dicha información, el Demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, tomó la decisión de mantenerse vinculado al RAIS, y que dicha voluntad quedo comprobada al haber permanecido por mas de 27 años en el RAIS, y en caso de confirmarse la sentencia solicita se revoque la condena consistente en trasladar la totalidad de los rendimientos financieros, los descuentos al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, los gastos de administración y comisiones, por los argumentos ya mencionado a lo largo del proceso en la contestación y en el recurso de apelación interpuesto solicitando de esta forma se revoque la sentencia de primera instancia.

La apoderada de Colpensiones indica que no es posible el traslado por faltarle menos de 10 años para pensionarse, y en caso de que se confirme la ineficacia del traslado solicita se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a la orden de trasladar a Colpensiones los siguientes rubros:

- Saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos.
- Porcentajes correspondientes a gastos de administración indexados
- Primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia indexados, Porcentaje destinado al fondo de garantía pensión mínima indexados.

Todo lo anterior con cargo a sus propios recursos, y que en caso de existir diferencias al momento en que Colpensiones valide la historia laboral del demandante sean las AFP codemandadas quienes asuman los montos faltantes a satisfacción y equivalencia Colpensiones teniendo en cuenta el precedente de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sentencias SL31989 de 2008, SL4964 de 2018, SL1421 DE 2019, SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020.

Se solicita también que, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. que una vez ejecutoriada la sentencia realice las siguientes actuaciones:

- Normalizar la afiliación del demandante en el Sistema de Afiliación de Fondos de Pensiones SIAFP.
- Realizar la anulación a través del aplicativo MANTIS.
- Ordenar a la AFP el traslado de la información necesaria para realizar la imputación de aportes a la historia laboral, a través de la entrega del archivo con el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual.

Que en este sentido y una vez la AFP PORVENIR S.A. proceda a lo anterior, ordenar a COLPENSIONES, a que una vez materializada la anulación, proceda a la afiliación del demandante al RPM, y una vez efectuado en debida forma y sin errores el traslado de información y recursos por parte de la AFP, se proceda a la actualización de la historia laboral como afiliado de Colpensiones.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar según la consulta a favor de Colpensiones: 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 debe devolverse el bono pensional.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 23 de septiembre de 1962, (fls 28 del PDF 01) se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 04 de octubre de 1984, (fls 44 PDF 10), y se trasladó a la AFP Protección S.A de forma efectiva a partir del 01 de julio de 1996, y a Colpatria la que fue absorbida por Horizonte hoy Porvenir S.A a partir del 01 de enero de 2000 (fls 88 PDF 08).

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 Protección en el año 1996 cuando trabajaba en una empresa en donde era el encargado del corte y la que le hizo la entrevista fue una asesora de Protección quien le dijo que como Colpensiones estaba en riesgo de desaparecer y que estaban surgiendo algunas empresas privadas que les ofrecían el servicio para trasladarse y que las condiciones eran similares, que se pensionaban con una pensión vitalicia y con un salario promedio a lo devengado, que en ese mismo momento diligenciaron el formulario y lo firmó, que no recibió extractos o información de protección, y que además no recuerda haberse trasladado a Colpatria.

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 de información que existe desde 1994, esto es permitir 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

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-025-2022-00418-01
Radicado Interno 050-24

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 Protección 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 1996**, 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 el traslado realizado 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.

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 un 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 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.”

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCION S.A, y PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a **Colpensiones** debidamente indexados.

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención del bono (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se **REVOCARÁ**, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido redimido, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

Así mismo debe advertirse que Provenir S.A es la llamada a trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual al ser esta la ultima entidad en la que se encuentra afiliada la parte demandante.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.300.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada a Porvenir S.A de devolver el bono pensional, indicando que, en el eventual caso, de que dicho bono ya haya sido redimido, **se ORDENA** a PORVENIR S.A. que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.300.000 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.

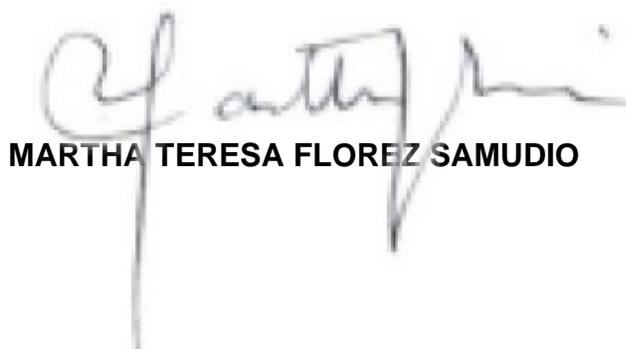
Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO



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	: JOHN JAIRO URREGO
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-025-2022-00418-01
RADICADO INTERNO	: 050-24
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/162> 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 02 de mayo de 2024 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 02 de mayo de 2024 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO