

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO – Se da por la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado, y los efectos de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva de todos los recursos desprendidos de esa afiliación. /

HECHOS: La parte demandante solicita, se declare la ineficacia o la nulidad, del acto de traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual, realizado a las sociedades Porvenir S.A. y Protección S.A.; se declare la afiliación permanente de la demandante al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad. En primera instancia se declaró ineficaz el cambio de sistema pensional, en consecuencia, se declaró que aquella ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

TESIS: (...) 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. (...) STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (...) La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada 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 dicho fondo de pensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el derecho de libertad de selección del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993. (...) Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de cambio de sistema pensional. (...) 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)" (...) 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. 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. (...) Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que: - Se confirmará la orden dada a Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones, la totalidad de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de la demandante, con los frutos e intereses incluyendo los rendimientos financieros del capital; y la orden dada a Protección S.A. de trasladar los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, que se descontaron de las cotizaciones de la actora durante el interregno en que aquella fue su afiliada, que fueron ordenados en primera instancia. Adicionar la sentencia ordenándole a las sociedades Protección S.A. y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones prima de reaseguros de Fogafín, debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de los fondos. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado. (...)

M.P: HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

FECHA: 07/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, siete (07) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE : MARTHA GUALQUIRIA HERNÁNDEZ PARRADO
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. Y
COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-010-2022-00517-01
RADICADO INTERNO : 353-23
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 090

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

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia o la nulidad, de la vinculación o del acto de traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual, realizado a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., al haberse omitido información sobre las reales consecuencias que acarrearía el traslado del régimen pensional; se declare la afiliación permanente de la demandante al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad.

Se le ORDENE a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a Colpensiones de todo el dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluidos los rendimientos y los valores por

administración, y ordenar a esta última entidad la recepción del mismo. Se condene a las accionadas en costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que la demandante nació el 8 de diciembre de 1966; se encontraba afiliada al ISS hoy Colpensiones; en julio de 1998 diligenció formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. y en junio de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A; que dicho cambio obedeció a una asesoría irregular, incompleta, fragmentada, parcial y sesgada que se le dio a la demandante, en donde se le informó que el Régimen de Prima Media estaba en una mala situación; que si bien la demandante suscribió dicho formulario, lo hizo partiendo de una información incompleta que carece de toda veracidad, razón por la que las AFP omitieron el deber que les asistían de brindar una asesoría integral, completa y profesional, donde informarían beneficios, inconvenientes, ventajas, desventajas, perjuicios y efectos en la toma de dicha decisión.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada PROTECCIÓN S.A. en su contestación acepta la fecha de nacimiento de la demandante. No es cierto que PROTECCIÓN S.A. no le suministraran información a la demandante porque asegura que se le explicó con claridad todas las características del RAIS y principalmente que la pensión se construye a través de un ahorro en una cuenta individual. No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver 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; genérica; traslado de aportes a PORVENIR S.A. (expediente digital 07).

La sociedad PORVENIR S.A. al dar respuesta aceptó la afiliación al ISS y el traslado al Régimen de Ahorro Individual. No le consta la fecha de nacimiento, ni la falta de información al momento del traslado porque se trata de un hecho relacionado con PROTECCIÓN S.A. y niega el hecho restante. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso las excepciones 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, genérica (expediente digital 08).

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda aceptó la afiliación al ISS; la fecha de nacimiento de la demandante; el traslado a PROTECCIÓN S.A. en julio de 1998 y a PORVENIR S.A. en junio de 1999; sin que le conste los hechos restantes. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Presentó como excepciones, las de inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, ausencia de causa para pedir, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, compensación (expediente digital 10).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 7 de noviembre de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ ineficaz el cambio de sistema pensional que efectuó la demandante, al afiliarse al Régimen de Ahorro Individual proveniente del Régimen de Prima Media; en consecuencia, DECLARÓ que aquella ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, la totalidad de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de la demandante, con los frutos e intereses incluyendo los rendimientos financieros del capital, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CONDENO a PROTECCIÓN S.A. a que con cargo a sus propios recursos traslade con indexación a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, que se descontaron de las cotizaciones de la actora durante el interregno en que aquella fue su afiliada.

Al momento de cumplirse estas órdenes, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir de las administradoras privadas los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el Régimen de Ahorro Individual y de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente aportadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema general de seguridad social en pensiones que lleguen a causarse.

Condenó en costas a cargo de cada uno de los fondos privados.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia en su totalidad, en primer lugar, porque se opone a la declaración de ineficacia, pues contrario a lo señalado en la sentencia, está acreditado el cumplimiento de la información suficiente y necesaria que recaía en los fondos privados de pensiones al momento del traslado y solo le correspondía la celebración del formulario de afiliación, el cual no fue objeto de reproche por la demandante ni su apoderado; aunado a ello, porque existió prueba de actos de relacionamiento, dónde se ejecutaron actos al interior del Régimen de Ahorro Individual y con los que se demuestra el interés inequívoco de permanecer al interior de dicho régimen, siendo el interés de la parte accionante de retornar al Régimen de Prima Media cuando se encuentran adportas a cumplir la edad y por la inconveniencia ante la diferencia de la mesada pensional, dado que se encuentra dentro de la prohibición legal de realizar el traslado del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, buscando justificar su propia culpa y desacreditar las gestiones adelantadas por los fondos, invocando omisión en los deberes legales de asesoría e información; resalta que la demandante contó con la posibilidad de migrar nuevamente al Régimen de Prima Media.

Frente a las condenas impuestas, sostiene que, al oponerse a la declaración de ineficacia, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Por celeridad, se pronuncia expresamente frente a la oposición, al traslado de las cuotas o gastos de administración y a los seguros previsionales, dado que se tratan de descuentos autorizados por la ley, los primeros le corresponden a las

administradoras por haber adelantado gestiones tendientes engrosar el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de los afiliados y los segundos son dineros que de manera mensual se giran con destino a los aseguradores previsionales para que en un evento al contingencia por los siniestros de invalidez y sobrevivencia se cobren la sumas adicionales, y el traslado de ambos conceptos generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y en detrimento del patrimonio de PORVENIR S.A.

Finalmente, frente a la garantía de pensión mínima, se trata de recursos que no se encuentran en las arcas del fondo privado sino en el fondo administrado por la Nación, y en ese sentido al ordenarse el traslado, es aquella entidad a la que le corresponde trasladar ese monto de descuento a Colpensiones; condenar al fondo privado a dicho traslado equivale a un doble pago; y hace referencia a que corresponde cada porcentaje del 16% del IBC.

Se apela a las costas procesales aduciendo que el actuar de su representada estuvo ajustado a derecho, actuó de nueva fe y la decisión adoptada se basa en el criterio jurisprudencial y no a la normatividad vigente al momento del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones se aparta de la decisión de primera instancia por considerar que al momento de la presentación de la demanda, la parte accionante estaba inmersa en la prohibición legal del literal e) del art. 13 de la ley 100 de 1993 al contar con 56 años de edad; así mismo, porque conforme sentencia SL 373 de 2021, se pronunció frente a retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el Régimen de Ahorro Individual; y la accionante no demostró que haya ejercido acciones jurídicas tendientes a regresar al Régimen de Prima Media en forma oportuna, ni se trasladó en el año de gracia otorgado en vigencia de la Ley 797 de 2003, ni con anterioridad al cumplimiento de los 47 años; que destaca que los afiliados cumplir con unas prácticas de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, deberes consagrados en el art. 4º del Decreto 2241 del 2010.

En caso de ser confirmada la sentencia, solicita se ordene a los fondos privados, trasladar debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, ello en

concordancia con la sentencia SL 81989 de 2008, en donde se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar con ocasión del recurso de apelación: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a revocar la orden impuesta a PORVENIR S.A. de trasladar las cuotas o gastos de administración, los seguros previsionales y los descuentos del fondo de garantía de pensión mínima; iii) Si hay lugar a revocarlas costas procesales impuestas a PROTECCIÓN S.A.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, condenando PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la prima de reaseguros de Fogafín, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 8 de diciembre de 1966 conforme se extrae la cedula de ciudadanía del expediente digital 20; cotizó al ISS desde el 1º de septiembre de 1995 al 30 de septiembre de 1999 según la historia laboral del expediente digital 19; y conforme el historial de vinculaciones del SIAFP solicitó traslado a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 4 de mayo de 1998, posteriormente hubo traslado automático a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 5 de febrero de 1999 y posteriormente existió traslado automático a PORVENIR S.A. el 1º de septiembre de 1999 (fl. 42, 44 del expediente digital 07).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que su traslado del ISS a PROTECCIÓN S.A. el 4 de mayo de 1998 porque al ingresar a trabajar a una empresa privada, pero no recuerda la forma en que se trasladó al fondo privado; no fue obligada a realizar ese traslado; que antes de cumplir los 47 años le explicaron que era mejor Colpensiones y le ayudaron a hacer los trámites para volver a Colpensiones y radicó solicitud, pero para ese momento contaba con 47 años y le dijeron que era extemporáneo; conoce los requisitos para pensionarse porque después de la negativa de trasladado a Colpensiones se lo explicaron en PORVENIR S.A.;

le informaron que se iba a pensionar con el salario mínimo y no se en Colpensiones es un poco más pero no sabe el monto; la motivación en 1999 a trasladarse a PORVENIR S.A. porque ingresó a una empresa privada y le explicaron que el fondo publico tendía a desaparecer y el fondo privado daba mayor rendimiento y aceptó la sugerencia de los traslados que le hacía su empleador; la motivación para retornar a Colpensiones porque al estar próxima a cumplir los requisitos pensionales y considera que en el fondo privado no le da la garantía de tener una vejez tranquila y Colpensiones da mejores oportunidades de pensionarse; dice que no recuerda de la existencia de una asesoría de PROTECCIÓN S.A., sino que era ir donde el empleador donde iba a ingresar a trabajar y aceptar condiciones; se dio cuenta que estaba afiliada en el Régimen de Ahorro Individual cuando le llegaron los extractos y por conversaciones con los compañeros; al inicio le decían que el fondo público iba a desaparecer y la motivación del traslado era no quedar desprotegido y esto lo sabe por compañeras que estaban en Colpensiones y se trasladaron y porque en la empresa se lo manifestaban; acepta que su traslado se dio por recomendación del empleador; tampoco recuerda cómo se dio el traslado a PORVENIR S.A..

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, 4811 de 2020, SL 1217, 782 de 2021 y SL 1465 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, y como juez constitucional en las sentencia 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 dicho fondo de pensiones**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya

mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) **y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto**, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. PROTECCIÓN S.A. aportó como pruebas el historial de vinculaciones del SIAFP; formulario de afiliación a COLMENA; comunicados de prensa; concepto de la Superintendencia Financiera del 29 de diciembre de 2015; documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales” (expediente digital 07), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Solicita la apoderada de PORVENIR S.A., se tenga en cuenta los actos de relacionamiento, dirigido a los traslados horizontales realizados a diferentes fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, solicitud que no se acoge, toda vez la información brindada se debe de analizar para el momento del traslado de régimen pensional, la cual fue realizada por PROTECCIÓN S.A. en el año 1998 y no en los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral (permanente), SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló lo siguiente:

*“Por último, considera también la Sala que **la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación***

que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).” (Resalto de la Sala)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Al respecto se extrae lo siguiente:

“6. Precedente de la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte en relación con la ineficacia del traslado y el cumplimiento del deber de información.

6.1. La Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte tiene fijado un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de ellas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin que puedan tomar decisiones debidamente informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020 y CSJ SL4806-2020).

*6.1. (sic) Además, la Sala de Casación Laboral ha precisado que el análisis probatorio se dirige a determinar si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el deber de información, **sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar.***

Desde esta perspectiva, se ha señalado insistentemente que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información (CSJ SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021).

Y frente a la oposición presentada por Colpensiones en relación a la declaración de ineficacia de la afiliación en los alegatos de conclusión, con fundamento en el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la

Ley 100 de 1993, la Sala no lo acogerá, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

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

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

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

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de cambio de sistema pensional.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes¹:

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

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe

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

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

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

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

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

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. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, SL 1688 de 2019, SL 1465 de 2021, SL1949-2021, y 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 RPM bajo los lineamientos del artículo **7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR**

1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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.”

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que:

- Se CONFIRMARÁ la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones, la totalidad de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de la demandante, con los frutos e intereses incluyendo los rendimientos financieros del capital; y la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, que se descontaron de las cotizaciones de la actora durante el interregno en que aquella fue su afiliada, que fueron ordenados en primera instancia.

- ADICIONAR la sentencia ORDENÁNDOLE a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones prima de reaseguros de Fogafín, debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de los fondos.

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

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

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, **ORDENÁNDOLE** a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones prima de reaseguros de Fogafín, debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de los fondos.

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.300.000 a cargo de PORVENIR S.A. por no prosperar el recurso de apelación presentado.

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-010-2022-00517-01
Radicado Interno 353-23

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 FLÓREZ 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	: MARTHA GUALQUIRIA HERNÁNDEZ PARRADO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-010-2022-00517-01
RADICADO INTERNO	: 353-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

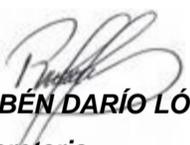
El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/162> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 08 de mayo de 2024 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 08 de mayo de 2024 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretaria