

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, cinco (05) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: MARIA MERCEDES CARRASQUILLA BARRERA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A SKANDIA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-019-2019-00140-01
RADICADO INTERNO	: 299-21
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 156

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, 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 NULIDAD de la afiliación de la señora María Mercedes Carrasquilla Barrera por traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscrita el día 16 de enero de 2004 con SKANDIA, hoy OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A, a PORVENIR S.A el 23 de mayo de 2007, a SKANDIA hoy OLD MUTUAL el 30 de septiembre de 2008, y en consecuencia se CONDENE a OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A. a transferir la totalidad de las sumas que reposen en la cuenta individual de la señora María Mercedes Carrasquilla Barrera a "COLPENSIONES", y se CONDENE a esta última a admitir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con

Prestación Definida, sin solución de continuidad desde el 17 de mayo de 1983 y a recibir la totalidad de las sumas trasladadas.

De forma subsidiaria solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación de la demandante del RAIS al RPM a las entidades ya mencionadas y en las fechas indicadas y en consecuencia se condene a OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A. a transferir la totalidad de las sumas que reposen en la cuenta individual de la señora María Mercedes Carrasquilla Barrera a "COLPENSIONES", y se CONDENE a esta última a admitir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, sin solución de continuidad.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 02 de octubre de 1964, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 05 de abril de 1994 y se trasladó al RAIS, a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, COLFONDOS S.A indicando que la afiliación a dichos fondos fue en razón a que le ofrecieron la afiliación a dichas administradoras donde el asesor se limitó a realizar el ofrecimiento de la afiliación sin informar el valor de la mesada pensional que recibiría en el RPM, sin brindar mayor detalle ni sobre las ventajas y desventajas, características y beneficios de permanecer en el RPM, no se le hizo cálculo actuarial que le permitiera conocer el comparativo de la mesada pensional en ambos regímenes, ni se le informó sobre la negociación del bono pensional si se quería pensionar anticipadamente, y solo le indicaron que el ISS seria liquidado y que estaría en peligro el pago de su pensión de vejez, precisando que en resumen no se le informó acerca de las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado, ni se le informó sobre el derecho de retracto.

Que el traslado de régimen a SKANDIA y COLFONDOS, fueron anulados por múltiple vinculación, al darse el traslado de régimen sin el cumplimiento de permanencia de al menos 3 años contados a partir de su selección inicial dada el día 5 de abril de 1994.

Que el comité de múltiple vinculación señala como fecha de afiliación valida el 5 de abril de 1994 al ISS, siendo señalada esta como la entidad responsable de la afiliación de la demandante y señalando que COLFONDOS devolvería los aportes al ISS, tal como consta en el acta de 26 de septiembre de 2003.

Que Colfondos informa a la demandante mediante comunicación de 5 de abril de 2004, que su afiliación valida corresponde al ISS, hoy COLPENSIONES, conforme a la reunión sostenida con dicho instituto y Asofondos el día 26 de septiembre de 2003 y que sus aportes fueron trasladados al ISS el día 27 de octubre de 2003 por valor \$51.248.575.

Que la defensora del consumidor financiero LILIANA SARMIENTO MARTÍNEZ, igualmente remite a la demandante comunicación con copia de la respuesta de COLFONDOS de 24 de octubre de 2003, donde señala que se encuentra válidamente afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES.

Que luego nuevamente, se presenta el asesor comercial de SKANDIA, hoy OLD MUTUAL y contacta a la demandante, ofreciéndole la afiliación a ésta administradora de fondos de pensiones del RAIS, sin brindarla la debida información completa, veraz y oportuna acerca de las consecuencias del traslado como se mencionó con anterioridad, diligenciando el formulario el 16 de enero de 2004, y luego fue contactado con un asesor de PORVENIR S.A de quien se afirma le suministró la misma información ya mencionada para que se trasladara y omisión igualmente el deber de información sobre las consecuencias del traslado diligenciando formulario de vinculación a dicha entidad el 23 de mayo de 2007, y posteriormente se traslado de nuevo a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL en los mismos términos ya mencionados sobre la falta del deber de información por parte de la AFP el 30 de septiembre de 2008. Que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con mas de 1380 semanas cotizadas y que según cálculo realizado su pensión en el RAIS seria de \$3.994.077 y en el RPM seria de \$10.881.326.

Que presentó derecho de petición a PORVENIR S.A el 22 de febrero de 2018 solicitando la nulidad o ineficacia del traslado y se entregara copia de la afiliación y cálculos actuariales realizados por la entidad, recibiendo respuesta de forma incompleta el 26 de febrero de 2018. Así mismo indica que formuló derecho de petición en los mismos términos a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL el 05 de junio de 2018 y a Colpensiones el 21 de febrero de 2018, recibiendo respuesta negativa de Colpensiones con respecto al traslado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

RESPUESTA OLD MUTUAL

Esta entidad dio respuesta manifestando que se opone a la totalidad de las pretensiones, acepta la edad de la edad de la demandante, y que no se encontraba afiliada al ISS al 31 de marzo de 1994, y que al momento del traslado no se le realizó calculo pensional, aceptando así mismo del traslado que realizó a dicha entidad y las semanas cotizadas, frente a los demás hechos no los aceptó, y propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta las semanas cotizadas, así como las peticiones de traslado realizadas a la misma y la respuesta negativa, frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe y la innominada.

RESPUESTA DE PORVENIR S.A

Esta codemandada al dar respuesta a la demanda manifestó que acepta la fecha de nacimiento de la parte demandante, y la afiliación realizada a dicha entidad y la petición presentada a la misma, frente a los demás hechos manifestó no constarle, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, falta de causa para pedir por inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa, y la genérica.

RESPUESTA COLFONDOS S.A

Esta entidad manifestó que acepta la edad de la demandante, así como la afiliación a esta AFP, así mismo acepta que el caso de la demandante fue revisado por comité de múltiple vinculación entre COLFONDOS y el ISS hoy COLPENSIONES, el día 26 de septiembre de 2003, en el que se determinó que se encontraba válidamente afiliada, pero al RPM para ese entonces. Frente a los demás hechos manifestó que no le constan. No se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones prescripción, falta de legitimación

en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, pago, compensación, buena fe y la innominada.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 15 de octubre de 2021, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO INEFICAZ el traslado de MARÍA MERCEDES CARRASQUILLA BARRERA, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, materializado a través de las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.; y consecuentemente, que, para efectos pensionales, aquella ha estado afiliada al primero de los regímenes enunciados. ORDENÓ a COLPENSIONES, ACEPTAR el regreso de MARÍA MERCEDES CARRASQUILLA BARRERA a esa entidad. ORDENÓ a la AFP SKANDIA S.A., trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MARÍA MERCEDES CARRASQUILLA BARRERA, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, a COLPENSIONES; y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral. Así mismo, dispuso que PORVENIR S.A. traslade con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración y comisiones que hubieren percibido durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. ABSOLVIÓ a la AFP COLFONDOS de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante. CONDENO en COSTAS a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., en favor de la demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, correspondiendo el 50% a cada AFP.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A interpone recurso de apelación manifestando solicitando se revoque en su totalidad la sentencia proferida en contra de dicha entidad pues indica que si bien existe un precedente al respecto se debe enfocar en las particularidades del caso y en este es que no se presentan negaciones indefinidas sino memoria selectiva de la demandante en la cual indica o da información solo de lo que le conviene pero que del interrogatorio de parte se vislumbra que si obtenía información de las AFP en sus momentos y por ende no puede endilgarle la falta de información para obtener un

beneficio económico. Que tampoco se puede declarar la ineficacia con base en la falta de información cuando no era obligación de la entidad presentar ningún documento adicional teniendo en cuenta que se presenta el formulario de afiliación y al momento en que se realiza el traslado horizontal con Skandia S.A solo se necesitaba que se expresara a través del formulario de afiliación su voluntad de realizar dicho cambio conforme las disposiciones vigentes para la época. Que tampoco es factible que se diga que es ineficaz porque Old mutual no logro demostrar la información que se le suministró. Que en la sentencia SL 3752 de 2020, se dice que se debe tomar como actos de relacionamiento los varios traslados en el RAIS lo que sucede en este caso ya que la demandante suscribió 4 formulario de afiliación al RAIS ratificando el deseo de permanecer en dicho régimen. Que es verdad que se presenta un tema de multivinculacion donde se le brinda la oportunidad de retornar nuevamente al RPM, sin embargo, la demandante vuelve y ratifica su decisión de trasladarse nuevamente al RAIS con OLD MUTUAL. Se opone igualmente a la devolución de los gastos de administración indicando que estos fueron descontados por autorización legal, artículo 20 de la ley 100/93, y estos también se realizan en el RPM, indicando además que no están sujetos a la pensión por lo que opera la prescripción. Se opone a la condena en costas por no haber tenido nada que ver en la declaratoria de la ineficacia y no está sujeta a cumplir las pretensiones económicas de la demandante.

El apoderado de Colpensiones, interpone recurso de manera parcial para que se revise la decisión de no incluir las sumas adicionales de las aseguradoras indicando que la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos toda vez que los mismos seria utilizados para la financiación de la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colfondos S.A manifiesta que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la decisión adoptada en el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo, que absolvió dicha entidad de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que:

“1. La señora CARRASQUILLA BARRERA fue incluida en proceso de multifiliación en comité individual adelantado en fecha 26 de septiembre de

2003 quedando definida a favor del ISS por considerar un traslado válido a esa Sociedad Administradora.

2. En virtud de lo anterior, COLFONDOS trasladó a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes percibidos en el tiempo que estuvo vinculada con COLFONDOS.

3. Con la decisión del referido comité, la afiliación de la actora quedó válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, dejándose sin efectos la vinculación con mí representada, por lo cual no había lugar a realizar pronunciamiento de condena frente a mí representada, tal y como acertadamente lo dispuso el A quo, por lo que se reitera la solicitud de mantener la decisión absolutoria proferida respecto de Colfondos, teniendo en cuenta que en el expediente existe prueba de la existencia del referido comité, su decisión y del traslado al Régimen de Prima Media de los recursos de la actora, como consecuencia del mismo.

4. Ahora, no existe ninguna responsabilidad alguna de Colfondos, en la decisión de la actora de vincularse al RAIS, luego de encontrarse válidamente afiliada al Régimen de Prima Media, en virtud decisión del referido comité”.

El apoderado de Colpensiones solicita revisar la sentencia de primera instancia, toda vez que una sentencia favorable a los intereses de la demandante viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que una declaración injustificada de la ineficacia del traslado como lo sería en este caso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este tipo de decisiones tienen un gran impacto fiscal, lo cual se podría traducir en la descapitalización del régimen de prima media, pues personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. Sobre este tema ya se ha pronunciado ampliamente la Corte en sentencias tales como la SU 130/2013, en la C-789/2002 y C-1024/2004, en donde se indicó que solo las personas que sean beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados al 01/04/1994, podrían trasladarse al RPM en cualquier tiempo, en este sentido solicito muy respetuosamente sea revocada la sentencia de primera instancia.

Así mismo indica que la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, "...como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado...". En tanto que "...al haber sido una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C..." (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones. Conforme lo mencionado solicita que la sentencia de primera instancia sea revisada en este sentido.

El apoderado de Porvenir S.A presenta alegatos manifestando que No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de

régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

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

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, 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, y en consulta a favor de Colpensiones si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 02 de octubre de 1964, (fls 32 del expediente digital), y que se afilió al ISS desde el 17 de mayo de 1983, según historia laboral aportada por Colpensiones a folios 196. Así mismo se tiene que realizó varios traslados en el RAIS de la siguiente manera. A OLD MUTUAL de forma efectiva a partir del 01 de febrero de 1996, a COLFONDOS S.A desde el 01 de diciembre de 1996, a COLPENSIONES desde el 01 de diciembre de 2003, a OLD MUTUAL desde el 01 de marzo de 2004, a PORVENIR S.A desde el

01 de julio de 2007, (fls 235), y a SKANDIA S.A a partir del 30 de septiembre de 2008, (fls 157)

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que de OLD MUTUAL la visitaron para la afiliación en el año 1996, que la motivó a trasladarse el hecho de que el ISS fuera a desaparecer, que le dijeron que era una empresa robusta y que su plata está segura, que hoy en día si sabe que son los aportes voluntarios, pero en el momento en que se trasladó no tenía conocimiento, que no recuerda que le hayan dado información adicional, respecto al motivo del traslado para el otro fondo indica que en la época en que trabajó con la federación nacional de cafeteros no tenía semanas cotizadas y que tanto este como los otros fondos le ofrecían que le recuperarían esas semanas y que por esta razón fue que se trasladó a cada uno de ellos. Que siempre que hizo cambio de fondo tenía la preocupación que se tuvieran en cuenta todas las semanas. Que no recuerda la información que le dieron cuando se trasladó a Colfondos. Acepta que regresó al RPM por un problema de multi afiliación en el año 2003. Que en el 2007 se trasladó a Porvenir S.A cuando la visitó un asesor, pero no le brindó ninguna asesoría aparte de corregirle la historia laboral con las semanas que no le aparecían cotizadas.

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;...”.

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.

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.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada OLD MUTUAL 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 vincularse a dicha entidad, 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 genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Ahora, el argumento relacionado con la improcedencia de la ineficacia por los traslados horizontales realizados en el RAIS no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la información brindada se debe de analizar es para el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por OLD MUTUAL, 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).

En la misma línea argumentativa, ha sostenido que la actuación viciada por falta de información, en materia de traslados del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen, CSJ SL3199- 2021: (...)”

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 demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

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

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

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

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las

cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

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

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

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

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse debidamente indexada,

teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

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.

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 lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA en cuanto absolvió del traslado de los seguros previsionales, para en su lugar CONDENAR a SKANDIA S.A y a PORVENIR S.A para que trasladen con destino a COLPENSIONES los seguros previsionales, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos, y se ADICIONARA la sentencia en el sentido de que los gastos de administración que se trasladen

por parte de SKANDIA S.A y a PORVENIR S.A a COLPENSIONES deben realizarse de forma indexada.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada 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, ellos es, para el **02 de octubre de 2024** al haber nacido el 02 de octubre de 1964, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

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

Respecto a la revocatoria en costas en primera instancia a cargo de Porvenir S.A no hay lugar a dicha petición en tanto que según el artículo 365 del C.G.P, la condena en costas en objetiva a quien sea vencido en el proceso como es el caso de la entidad demandada quien fue condenada a devolver los gastos de administración y seguros debidamente indexados conforme en tiempo en que la demandante permaneció afilada a dicha entidad.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto absolvió del traslado de los seguros previsionales, para en su lugar **CONDENAR** a SKANDIA S.A y a PORVENIR S.A para que trasladen con destino a COLPENSIONES los seguros previsionales, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos, y se ADICIONARA la sentencia en el sentido de que los gastos de administración que se trasladen por parte de SKANDIA S.A y PORVENIR S.A a COLPENSIONES deben realizarse de forma indexada.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** 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: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-019-2019-00140-01
Radicado Interno 299-21



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: MARIA MERCEDES CARRASQUILLA BARRERA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A SKANDIA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-019-2019-00140-01
RADICADO INTERNO	: 299-21
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> 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 06 de julio de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 06 de julio de 2022 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO