

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE : ARACELY CÁRDENAS MORA
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., OLD
MUTUAL Y COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: PROTECCIÓN S.A.
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-010-2018-00378-01
RADICADO INTERNO : 306-22
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA, REVOCA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 332

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 ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, realizado por la demandante a la sociedad PORVENIR S.A., al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiendo darle información sobre los riesgos que debía asumir, y las desventajas de vincularse a PORVENIR S.A., incumpliendo con su deber del buen consejo; se declare que las sociedades PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL incurrieron en omisión en el deber de información; y que la demandante debe estar afiliada al Régimen de Prima Media.

Como consecuencia de lo anterior, se CONDENE a las accionadas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL a trasladar a

Colpensiones los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual. Se CONDENE a Colpensiones a aceptar los aportes y a registrar a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad desde el 16 de mayo de 1986. Y se condene en costas procesales a las entidades demandadas.

Como fundamento fáctico de las pretensiones indicó que, se afilió al ISS el 16 de mayo de 1986 y previo al traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual contaba con 472.57 semanas; con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y la entrada al mercado las AFP, la demandante seleccionó a la sociedad COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. como su nueva administradora de pensiones y allí se afilió el 21 de mayo de 1996; a la fecha de la presentación de la demanda se encuentra afiliada a la sociedad OLD MUTUAL.

Manifiesta que el asesor de PORVENIR S.A., al momento de su vinculación no le dio información las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional. La demandante cumplió los 47 años de edad el 12 de noviembre de 2011, estando afiliada a la sociedad COLFONDOS S.A., entidad de la cual no recibió asesoría donde le informaran sobre la oportunidad de retornar al Régimen de Prima Media antes del cumplimiento de dicha edad. La demandante cuenta con un total de 1.527, 86 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

El 11 de octubre de 2017 elevó derecho de petición a la sociedad PORVENIR S.A. solicitando fuera invalidada la afiliación; radicó formulario de traslado de régimen ante Colpensiones el 11 de octubre de 201, solicitud que fue negada por contar con 10 años o menos para cumplir el requisito para pensionarse. Y la sociedad PORVENIR S.A. dio respuesta, indicando que la solicitud no cuenta con elementos de juicio suficientes para dejar sin efectos la afiliación.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

Colpensiones en su contestación dice que no es cierto que luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 y la entrada en vigencia del Régimen de Ahorro Individual, las administradoras de fondos de pensiones del sector privado entraran al mercado laboral. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS; las semanas cotizadas por la demandante antes del traslado al

Régimen de Ahorro Individual; que la demandante estaba afiliada al ISS para la vigencia de la Ley 100 de 1993; que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual; que la demandante radicó formulario de traslado ante Colpensiones y la entidad negó dicha solicitud. No le constan los demás hechos de la demanda. Y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda (fls. 115 a 121 del expediente digital 01).

La sociedad PORVENIR S.A. en su contestación sostiene que es cierto que luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 y la entrada en vigencia del Régimen de Ahorro Individual, las administradoras de fondos de pensiones del sector privado entraran al mercado laboral; el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual; que la demandante firmó formulario de afiliación el 21 de mayo de 1996; el derecho de petición elevado a PORVENIR S.A y la respuesta negativa a dicha solicitud. No es cierto que la demandante haya estado afiliada desde el 21 de mayo de 1996 a COLPATRIA porque el traslado se hizo efectivo el 1º de julio de 1996; la falta de información por parte del asesor de PORVENIR S.A...No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 147 a 162 del expediente digital 01).

La sociedad OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A en la contestación presentada indicó que es cierta la afiliación de la demandante al ISS; que a l entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante estaba afiliada al ISS; el traslado realizado a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A; que la demandante se encuentra afiliada a OLD MUTUAL; las semanas cotizadas por la demandante. Considera que la afirmación relacionada a que luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 y la entrada en vigencia del Régimen de Ahorro Individual, las administradoras de fondos de pensiones del sector privado entraran al mercado laboral. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS, no se trata de un hecho. En relación a las semanas cotizadas antes del traslado al Régimen de Ahorro Individual, advirtió que las 472 semanas a las que se hace referencia, corresponden al tiempo acumulado en el Régimen de Prima Media valido para bonos pensionales. No le consta los demás hechos. Y se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (fls. 181 a 194 del expediente digital 01).

Y COLFONDOS S.A. manifestó que no le consta la afiliación de la demandante al ISS ni las semanas cotizadas antes del traslado al Régimen de Ahorro Individual; no le consta que la demandante estuviera afiliada al

ISS a la vigencia de la Ley 100 de 1993; el traslado realizado por la demandante COLPATRIA, pero aclara que la demandante solicitó traslado a COLFONDOS S.A. el 23 de septiembre de 1997; que la demandante se encuentre afiliada a OLD MUTUAL; ni la falta de información por parte del asesor de PORVENIR S.A al momento de trasladarse de régimen pensional; no le consta la fecha en que la demandante cumplió 47 años de edad; las semanas cotizadas por la demandante; las solicitudes elevadas a Colpensiones y PORVENIR S.A y las respuestas dadas por dichas entidades. No es cierto que COLFONDOS S.A. no le haya brindado información de la posibilidad de regresar al Régimen de Prima Media. acepta que luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 y la entrada en vigencia del Régimen de Ahorro Individual, las administradoras de fondos de pensiones del sector privado entraran al mercado laboral. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS. Finalmente se opuso a las pretensiones relacionadas con la entidad que representa (fls. 272 a 287 del expediente digital 01)

En audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de prueba adelantada el 9 de julio de 2020, se ordenó integrar a la sociedad PROTECCIÓN S.A. en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (fls. 428 a 430 del expediente digital 01), entidad que al dar **contestación a la demanda manifestó** que es cierto que luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 y la entrada en vigencia del Régimen de Ahorro Individual, las administradoras de fondos de pensiones del sector privado entraran al mercado laboral. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS. No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 07)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 13 de septiembre de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del cambio del sistema pensional que realizó la demandante al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y de contera, declarar la ineficacia de todas las afiliaciones surtidas dentro del Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia declarar que aquella ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media.

CONDENÓ a SKANDIA S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus correspondientes frutos e intereses y rendimientos financieros, los bonos pensionales si se hubieren redimido, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados a la fecha de entrega al Régimen de Prima Media. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONDENÓ a PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a que con cargo a sus propios recursos traslade a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esa decisión, los descuentos que efectuó a las cotizaciones de la demandante mientras ella estuvo afiliada a dichos fondos, específicamente los relacionados con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora mientras la accionante estuvo afiliada a estos fondos, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo en Colpensiones.

CONDENÓ a Colpensiones, recibir de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A, 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 cotizadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas que lleguen a causarse en el sistema de protección social.

Condenó en costas a las sociedades PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de SKANDIA S.A apeló la sentencia parcialmente, en lo relativo a la orden dada a dicha entidad, a trasladar el dinero descontado a la demandante por gastos de administración, inconformidad que lo sustenta

con el art. 20 de la Ley 100 de 1993, en el que se plasma que dicho descuento se genera en ambos regímenes pensionales y dicho descuento se utiliza para financiar los gastos de administración y prima de reaseguros del Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobreviviente, y el art. 36 del Decreto 692 de 1994 hace referencia a la distribución de las cotizaciones. Señala que en estos procesos se debe realizar un estudio de los conceptos de restituciones mutuas, confianza legítima y buena fe, que en este caso corresponde con el actuar de la entidad accionada dado que desde que es la aseguradora de pensiones de la accionante: 1º) La entidad ha actuado de buena fe y ha administrado correctamente la cuenta de ahorro individual y ello está acreditado con el estado de cuenta aportado, 2º) La comisión de administración está direccionada a retribuir todas las actividades que desarrollan las instituciones pensionales que conforman el sistema general de pensiones y dentro de ellas está la sociedad accionada.

Adicionalmente señala que el concepto de gastos de administración no es de propiedad del afiliado y no se destina al financiamiento de la pensión de vejez, dado que la ley ha determinado que el porcentaje sea a favor de las administradoras de pensiones, y ordenar su traslado a Colpensiones es generar un enriquecimiento sin justa causa y pago de lo no debido al recibir un dinero frente al cual no ha ejercido su administración. Que fue demostrado, que la sociedad SKANDIA S.A generó una rentabilidad sin que sea procedente reintegrar esa comisión de administración al haber cumplido con las obligaciones legales. Y su traslado le generaría a SKANDIA S.A afectación patrimonial.

En lo que corresponde a la indexación con la que se debe trasladar los dineros, se opone a ella con base en sentencia del 13 de mayo de 2010 en la que se define la indexación y del art. 101 de la Ley 100 de 1993 que habla de la rentabilidad mínima. En ese sentido, bajo el entendido que las administradoras deben garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro, considera que es incompatible que se ordene la indexación dado que los recursos no se han visto afectados por la inflación, sino que se han generado rendimientos por la administración realizada por la entidad que representa.

La apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación y solicita se revoque la decisión que le ordena a dicha entidad trasladar los gastos de administración de manera indexada teniendo como sustento que el art. 113

de la Ley 100 de 1993, pues en dicha normatividad los únicos conceptos a trasladar en caso de declararse la ineficacia, corresponden a los aportes y rendimientos; por otro lado, señala que los gastos de administración se tratan de obligaciones de tracto sucesivo por lo que es imposible que se genere una devolución, se causan en el Régimen de Prima Media según lo señala el art. 20 de la Ley 100 de 1993, y se generaría enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones al trasladar dineros sobre unas sumas que no administró y en el periodo comprendido entre 1996 a 1997 (momento del traslado a COLFONDOS S.A.) la entidad administró correctamente lo dineros y se generaron rendimientos; no hay lugar que se traslade con cargo a su propio patrimonio y más cuando dicho dinero no financia la prestación económica de vejez de la parte demandante y además frente a dichas sumas se debe aplicar la prescripción.

Finalmente solicita se revoque la indexación de lo conceptos a indexar, argumentando que los dineros fueron trasladados a COLFONDOS S.A. y desde 1997 no cuenta con suma alguna, y los valores para esa época se generaron de manera actualizada; la demandante recibe rendimientos de los fondos privados y de la aseguradora actual, los cuales superan cualquier tipo de detrimento económico que se pudo haber presentado. Por lo que se solicita que con los rendimientos causados dentro de la cuenta de ahorro individual.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones indica que no es procedente el traslado por contar con menos de 10 años para pensionarse al momento de solicitar el traslado, y que además no demostró haber ejercido las acciones correspondientes para realizar el traslado de fondo ni hizo uso del derecho de retracto, ni cumplió con las obligaciones del consumidor financiero establecidas en el Decreto 2241 del 2010.

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

La apoderada de Colfondos S.A allega escrito indicando que no hará uso de los alegatos de conclusión.

La apoderada de la parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos ya expuestos a lo largo del proceso relacionados con la falta del deber de información a cargo de las AFP del RAIS.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la orden dada a las sociedades SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y la indexación.

En el grado jurisdiccional de consulta se deberá analizar: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y ordenar el retorno al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; ii) Si hay lugar a revocar la orden de trasladar los bonos pensionales; iii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole las sociedades PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL a trasladar los gastos de administración constituidos “gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” 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 por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 12 de noviembre de 1964 (fl. 20 del expediente digital 01); cotizó al ISS desde el 16 de mayo de 1986 al 31 de mayo de 1996 (fl. 81); solicitó traslado a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 21 de mayo de 1996 (fl. 79); solicitó traslado a la sociedad COLFONDOS S.A. el 23 de septiembre de 1997 (fls. 328 del expediente digital 01); a la sociedad SKANDIA el 29 de mayo de 2008 (fl 195 del expediente digital 01); retornó nuevamente a COLFONDOS S.A. solicitando traslado el 4 de diciembre de 2008 (fl. 32 del expediente digital 07); posteriormente se trasladó a la sociedad ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de abril de 2012 (fl. 31 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 recuerda que en el lugar de trabajo citaron a una reunión para que cada fondo de pensión hicieran su presentación de 5 minutos, y cada asesor informó que el ISS se iba a acabar y debían seleccionar un

fondo de pensiones si no querían perder sus aportes y así inició su traslado de régimen pensional; casa asesor informó las entidades financieras que los representaban, dijeron que se podían pensionar antes de la edad exigida en el ISS, y no iban a perder sus aportes pensionales; que los diversos traslados los realizó, porque la primera promesa que le hicieron. era que debían gestionar el bono pensional y al trasladarse al primer fondo no se gestionó el bono, que los demás fondos la llamaban y le decían que debía gestionar el bono pensional y si no lo perdería por ello es que decidió pasarse de fondo en fondo para que alguno de ellos le gestionara su bono pensional para no perder ese dinero; esa reunión fue dirigida a 200 o 300 personas; no se enteró por los medios de comunicación que se debía trasladar antes de los 10 años para cumplir la edad mínima pensional; la primera vez que se trasladó, en recursos humanos le dijeron que tomara el formulario del fondo que ella decidiera y lo dejara firmado que con posterioridad iba el asesor y lo llenaba, y en los demás traslados, el formulario era diligenciado por el asesor; no ha solicitado el reconocimiento de la pensión al fondo privado; su interés de retornar a Colpensiones es porque se siente engañada por el fondo. Cada uno de los asesores que le prometía gestionar el bono pensional, le explicaron que era el bono, pero no le explicaban los requisitos para gestionar ese bono; el traslado en 996 a COLPATRIA era porque cree que tenía una póliza y tenía de ella un buen referencia y por ella se decidió por Colpatria; no sabe lo que sucede con el dinero que ha cotizado al fondo; su interés para trasladarse es porque se enteró por medio de una compañera el monto en que quedaría la pensión en el fondo privado comparada con Colpensiones, sin que lo se lo hayan dado a conocer; alguna vez le hablaron de los aportes voluntarios pero ella no los hizo.

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 permite 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 aun 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, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, 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 PORVENIR S.A. (que fue el fondo de pensiones que realizó el traslado de régimen pensional), 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 de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del Régimen de Ahorro Individual, 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. La sociedad PORVENIR S.A. aportó el formulario de afiliación a COLPATRIA; certificado de extremos de la vinculación, empleadores que realizaron aportes y valores trasladados a COLFONDOS S.A.; historial de vinculaciones SIAFP; relación de aportes; comunicados de prensa; comunicación dando respuesta a solicitud elevada por la demandante (fls. 163 a 176 del expediente digital 01), pruebas con las que se puede concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de ineficacia traslado de sistema pensional realizada por la demandante al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, así como la ineficacia de todas las afiliaciones surtidas dentro del Régimen de Ahorro Individual; así mismo se confirmará la orden dada la sociedad SKANDIA S.A a trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus correspondientes frutos e intereses y rendimientos financieros, el porcentaje descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros; la orden dada a las sociedades PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones los descuentos relacionados con el Fondo

de Garantía de Pensión Mínima, las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora.

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

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 adocinado 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).”

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 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.

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.

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 deberá:

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a las sociedades PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A a trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada fondo.

En relación a la absolución de la indexación, por considerar SKANDIA S.A y PORVENIR S.A. ante la existen rendimientos financieros, esta Sala es de la posición que se tratan de conceptos totalmente diferentes, toda vez que los rendimientos financieros se generan por las inversiones realizadas por el fondo, en un período establecido, y dichos rendimientos pueden presentar una desvalorización en su rentabilidad en virtud de la volatilidad del mercado, lo que puede generar afectación las cuentas de ahorro individual individuales, por lo tanto, al tener derecho al traslado, éstos conceptos deberán ser actualizado al momento del pago, y así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sus precedente jurisprudencial, tal y como son las sentencias SL 1688, SL 1689 de 2019, SL 782, SL 1187 y SL 1197 de 2021. Por lo tanto, no se accede a su revocatoria.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a SKANDIA S.A de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, ellos es, para el **12 de noviembre de 2024** al haber nacido el 12 de noviembre 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.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las demandadas SKANDIA S.A y 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, **ORDENARLE** a la sociedad PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A a trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada fondo de pensiones.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a SKANDIA 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 Décimo Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las demandadas SKANDIA S.A y PORVENIR S.A., por no prosperar el recurso de apelación presentado.

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



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTANO 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	: ARACELY CÁRDENAS MORA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL Y COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO:	PROTECCIÓN S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-010-2018-00378-01
RADICADO INTERNO	: 306-22
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA, REVOCA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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 22 de noviembre de 2021 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 22 de noviembre de 2021 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO