

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: ADRIANA CARMEN ALICIA GUERRERO PEÑA
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-019-2019-00153-01
RADICADO INTERNO	: 121-20
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 002

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 el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación al RAIS a la AFP COLFONDOS S.A y posteriormente a PROTECCION S.A y se ordene la afiliación al RPM administrado por Colpensiones, y se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones junto con sus frutos e intereses, sumas adicionales y a Colpensiones a recibirlos.

Como fundamento factico de las pretensiones indicó que, a la fecha de la presentación de la demanda tiene 57 años y cuanta con 1.071 semanas cotizadas y que estuvo afiliada al ISS antes de la ley 100 de 1993, y que estando laborando en la Universidad de Medellín a mediados del año 1994 llegó un asesor de Colfondos que era conocido y le dijo que se afiliara a dicho fondo porque el ISS se iba a acabar y que podía quedar sin pensión pero que no se le informó que la pensión era por el capital ni del derecho de retractor ni se le hizo comparativo pensional y que en marzo de 1995 se afilió a Protección S.A porque al ofrecerle trabajo debía de estar allí afiliada pero ninguna información pensional recibió. Que solicitó a Colfondos y Protección información sobre la documentación de asesoría y se le indicó que como la afiliación fue en el 1994 la asesoría fue personalizada y que por lo tanto no cuenta con soporte de los mismos. Que solicitó a el traslado a Colpensiones el 16 de enero de 2019.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 25 de agosto de 2020, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la INEFICACIA de la afiliación del demandante al RAIS. ORDENO a COLPENSIONES aceptar el regreso o vinculación del demandante a esa entidad. ORDENO a PROTECCION S.A a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, comisiones o cualquier suma adicional con todos sus frutos e intereses y a Colpensiones a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral. ORDENO a COLFONDOS S.A a trasladar a Colpensiones los gastos de administración y comisiones que hubiere recibido durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada en dicho fondo. CONDENO en costas a PROTECCION S.A y a COLFONDOS S.A, y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.755.606, correspondiéndole el 50% a cada AFP.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Protección S.A interpone recurso de apelación manifestando que no está de acuerdo con la orden de devolución de las cuotas de administración a Colpensiones, indicando que la demandada realizó una excelente gestión en la administración de los recursos según se evidencia de los rendimientos obtenidos, y que por lo tanto ordenar devolver las cuotas de administración sería castigarla por la buena administración que hizo, y que además ello no es acorde a las restituciones mutuas. Que adicionalmente, Colpensiones no administró la cuenta de ahorro individual de la demandante y por lo tanto devolverlas sería un enriquecimiento sin causa para Colpensiones. Que se debe analizar dichas cuotas de administración bajo la órbita de la prescripción, pues según esta las mismas si prescriben.

El apoderado de Colpensiones interpone recurso manifestando que la ineficacia del traslado pone en riesgo el capital de pensiones en el RPM administrado por Colpensiones y el de los demás afiliados y que según la sentencia SU 130 de 2013, si se efectúa el traslado al momento que el afiliado esta por pensionarse se pone en riesgo el sistema al desfinanciar el mismo y por ende el derecho a la pensión irrenunciable del resto de cotizantes, y que esto vulnera los principios de eficiencia y equidad. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones presenta alegatos de conclusión manifestando que la demandante pretende se declare la nulidad del traslado surtido del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por considerar que se hizo con fundamento en información precaria.

Que en estos casos de nulidades es importante hablar acerca de la existencia de la institución de la carga dinámica de la prueba, institución que señala que quien puede debe probar, esta ha sido la posición jurisprudencia en los últimos años de las altas cortes, pero no es menos cierto que esta situación ha creado una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Que con la anterior situación se le impone al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los

principios generales de la Ley 1564 de 2012, pues con esta situación se altera la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador. Sentencia de la corte constitucional C 086 de 2016

Que lo anterior está teniendo un impacto fiscal considerable para la entidad administradora de dicho régimen, pues cuando se efectúa el traslado de régimen de estos afiliados, cuando están próximos a cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, se contribuye a desfinanciar el sistema de prima media y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...), por lo que solicita que las pretensiones de la demandante sean denegadas, y en consecuencia sea revocada la sentencia de primera instancia.

Además, teniendo en cuenta que Colpensiones es una entidad pública, no puede ir más allá de lo consagrado en la ley, y esta es clara cuando en el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual estableció “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer que la demandante ya se encuentra dentro del término en el cual el traslado resulta improcedente.

En caso de salir abantes las pretensiones de la demandante solicita se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades entre otros.

El apoderado de la parte demandante allega escrito en el cual manifiesta que no hará uso de los alegatos de conclusión.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar si es procedente la declaratoria de ineficacia, y en caso de ser ello positivo, si hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales debidamente indexados, y, en consulta a favor de Colpensiones si debe devolverse lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima.

Para el caso en concreto no existe discusión y está acreditado que la demandante nació el 27 de junio de 1961, (45); así mismo se tiene que estuvo afiliada al ISS desde el 09 de septiembre de 1993, a través del empleador Universidad de Medellín, y se trasladó al RAIS a la AFP COLFONDOS S.A, el 09 de junio de 1994, (fls 22), y a PROTECCION S.A, desde el 24 de marzo de 1995, (fls 21).

Descendiendo al caso en particular se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la demandante, no se tiene confesión en favor de la AFP con respecto a la ineficacia de la afiliación pretendida, antes bien, de lo narrado por esta se tiene que manifestó que, es docente universitaria, que se afilió a Colfondos a mediados de 1994 en la Universidad de Medellín con un asesor que le dio las indicaciones, y le dijo que estaba en el ISS y que le convenía que se pasar que porque el ISS se estaba acabando, que no le dijeron los requisitos para pensionarse en el RAIS, ni las ventajas del régimen de prima media. Que posteriormente se pasó a Protección en virtud de que empezó a trabajar con ellos, pero que en dicha entidad sabía muy poco de pensiones porque entró a hacer su función que era analista de rezagos, y que allí duro 8 o 9 meses. Que se quiere trasladar porque se siente estafada porque su mesada pensional sería mucho más grande en Colpensiones. Que no sabía el momento en que se podía trasladar a Colpensiones y que se dio

cuenta de ello cuando le dijeron en el fondo que su pensión iba a ser en un mínimo.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Pues bien, respecto a 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 L 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 L 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.

Igualmente, 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.

En igual sentido continuó esa línea jurisprudencial en el año 2019, como lo es con la SL 1.688, SL 1421 de 2019, SL 4426 de 2019 y recientemente la sentencia SL 2611 de 2020, y de forma más reciente como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestaron 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 al caso concreto, pues COLFONDOS S.A no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la demandante, cuando tomó la determinación de trasladarse de régimen en primer momento en el año 1994, sin que existiera confesión de una información suficiente y cierta 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; y no le informaron de modalidad pensional que debía escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de un capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada., 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 la ineficacia, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, IMPLICA que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no pueden ser convalidados. Por ello no es suficiente que la sociedad COLFONDOS S.A. haya aportado los formularios de afiliación, lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS en el año 1994, **no le dieron una información completa y suficiente.**

Como consecuencia de anterior, es por lo que se deberá CONFIRMAR la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado y que CONDENO a la sociedad PROTECCION S.A a trasladar y entregar a Colpensiones la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual del

demandante, pues es este último fondo en el que se encuentra afiliado la demandante desde el año 1995

2. De las consecuencias de la ineficacia.

2.1. Devolución de los gastos de administración y seguros previsionales indexados y el fondo de garantía de pensión mínima.

En lo que respecta a la devolución de las cuotas de administración se CONFIRMARA la sentencia, que ordenó tanto a PROTECCION S.A como a COLFONDOS S.A a trasladar dichas cuotas por el tiempo en que estuvo afiliada la demandante en cada uno de dichos fondos, teniendo en cuenta que: 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 afiliado el demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; y 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 se precisa que dichos gastos de administración deberán devolverse de forma indexada de conformidad con lo establecido en la sentencia SL1689 de 2019, razón por la cual se ADICIONARA la sentencia en este sentido, dado que la misma se revisa también en consulta a favor de Colpensiones.

Y respecto al traslado de los reaseguros o seguros previsionales: hay lugar a su devolución, porque la CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora”*, los cuales deben ser devueltos debidamente indexados. Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá CONFIRMARSE en cuanto ordenó la devolución de dichos rubros, pero deberá ADICIONARSE en el sentido de que los mismos deben ser devueltos de forma indexada.

Y el traslado del porcentaje de garantía de pensión mínima, considera la Sala que debe ser devuelto a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A, pero a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, cada una de ellas, tuvo que trasladar dicho porcentaje al siguiente fondo de pensiones una vez realizaba el traslado llegando dichos porcentaje finalmente a PROTECCION S.A., por lo tanto CONDENARÁ a esta última, esto es, a PROTECCION S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

2.2. En cuanto a la devolución del bono pensional deberá decirse lo siguiente.

En primer término, ha de advertirse que existen varias clases de bonos pensionales: según el decreto 1748 de 1995, Bono pensional tipo A, que es aquel recibido por aquellas personas afiliadas a RPM que se trasladen al Régimen de Ahorro individual. Este bono pensional cuenta con dos modalidades, la primera se expide a favor de los trabajadores cuya primera

vinculación laboral comienza después del 30 de junio de 1992 y la segunda modalidad se refiere a los trabajadores cuya primera vinculación laboral inició antes del 1 de julio de 1992, y Bono pensional tipo B: es para aquellas personas que han cotizado en el sector público y se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por Colpensiones.

Ahora, según el artículo 115 de la ley 100 de 1993, “los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones, y tienen derecho a él los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos: a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público”.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, sin embargo, como en el caso en concreto, se desconoce si el bono pensional ha sido pagado a Protección S.A., lo procedente no es su traslado a Colpensiones, sino la restitución del bono a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación, por lo que en este aspecto se revocará el fallo de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A y Colpensiones en la suma de \$908.526 para cada una de ellas, por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de que además de los conceptos de los cuales se ordenó su devolución en primera instancia se ORDENA a tanto a PROTECCION S.A como a COLFONDOS S.A, para que devuelva a COLPENSIONES, los gastos de administración y los seguros previsionales por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos pero de forma indexada, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de ORDENAR a PROTECCION S.A para que devuelva a COLPENSIONES, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

TERCERO: REVOCAR la orden dada en primera instancia en cuanto a la devolución del bono pensional para en su lugar precisar que en caso de que Protección S.A haya recibido el pago del bono pensional por parte de la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, deberá proceder con la inmediata devolución de lo recibido por este concepto a esta entidad, para que esta a su vez proceda con la anulación del bono emitido

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A y Colpensiones en la suma de \$908.526 para cada una de ellas, por no salir adelante el recurso de apelación interpuesto.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
– SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 013 del 28 de enero de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100>