

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: LARISSA LUCÍA TOBAR ACEVEDO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-010-2021-00318-01
RADICADO INTERNO	: 361-22
DECISIÓN	: REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 020

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.

De conformidad con el poder general otorgado por el Dr. JAVIER EDUARDO GUZMÁN SILVA (en calidad de representante legal suplente de Colpensiones), a la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIAS SAS; y el poder otorgado por el Dr. JHOSMAR ELIANA MORENO PEDROZA (en calidad de representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIAS SAS), al Dr. Juan Pablo Arcos Rodríguez, para que represente los intereses de Colpensiones, por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se les reconoce personería.

Así mismo, con base en el poder especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.; y el certificado de existencia y representación de la sociedad en mención, en el que se certifica que *“Documento Privado del 28 de noviembre de 2022, inscrito*

el 30 de noviembre de 2022 con el No. 02904376 del libro IX, de conformidad con el Artículo 75 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) fue inscrito para que actúe como representante de GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS en los procesos judiciales en los que esta última sea designada como apoderado de parte a: ... Karen Sofía Sánchez González”, por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita como **pretensiones principales**, se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por la sociedad PORVENIR S.A.; que dicha afiliación o traslado quede sin efectos porque la misma carece de validez, por existir vicio en el consentimiento y afecta los derechos y garantías del demandante; se declare válida y vigente y sin solución de continuidad, la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media; se declare que la demandante no tuvo asesoría inicial ni reasesoría clara, correcta antes de cumplir 47 años de edad, para optar a realizar el traslado de régimen y regresara a Colpensiones, perdiendo la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media; que tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media, por no brindarle asesoría y buen consejo al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual. Se declare que tiene derecho a la pensión de vejez desde la fecha de la última cotización, al acreditar los requisitos de la Ley 797 de 2003.

Se condene a PORVENIR S.A a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes que la demandante efectuó al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración.

Se CONDENE a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR S.A.; y se condene a las demandadas en costas.

Como pretensiones subsidiarias, solicita se DECLARE que la PORVENIR S.A. no le brindo asesoría y buen consejo a la demandante al momento de la afiliación, ni antes del cumplimiento de los 47 años de edad a efectos de retornar a Colpensiones.

Se CONDENE a PORVENIR S.A, a reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que este hubiese recibido si estuviera en el Régimen de Prima Media; y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 20 de noviembre de 1969; estuvo afiliada al Régimen de Prima Media desde el 27 de septiembre de 1993 al 30 de junio de 1997, alcanzado un total de 91 semanas cotizadas; se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la sociedad PORVENIR S.A el 16 de julio de 1997, en donde ha cotizado 844,2 semanas al momento de la presentación de la demanda un total de la demanda; en total, la demandante cuenta con 936,06 semanas en toda la vida laboral.

Asegura la demandante que la accionada PORVENIR SA no el suministró información a la demandante al momento del traslado, ni en forma previa al cumplimiento de los 47 años de edad; en comunicación del 23 de junio de 2021, PORVENIR S.A le realizó proyección, indicando que la mesada pensional para la edad de 60 años su pension sería de \$1.007.599; en comunicación del 15 de junio de 2021, manifestó que no era posible dejar sin efecto la afiliación y/o vinculación de la demandante; la demandante elevó reclamación administrativa a Colpensiones el 26 de mayo de 2021 solicitando la ineficacia y nulidad de la afiliación al RAIS, se aceptara su traslado al RPM y se diera el reconocimiento de la pensión de vejez. Que al calcular la mesada pensional que recibiría en Colpensiones, se encuentra un IBL de los últimos 10 años de \$9.273.629 y una tasa de reemplazo del 62.18% para una mesada pensional de \$5.766.342.

RESPUESTAS DEMANDA

Colpensiones en su contestación acepta la fecha de nacimiento y la reclamación administrativa presentada a Colpensiones. No es cierta la fecha de afiliación ni las semanas cotizadas, porque aparecer reportada afiliación desde el 8 de septiembre de 1995 y 38.71 semanas cotizadas. Lo relativo a la mesada pensión en Colpensiones, considera que no es un hecho. No le consta los demás hechos. Frente a las pretensiones de la demanda, no se opone a las pretensiones principales porque no va dirigida en contra de Colpensiones y se opone a las pretensiones subsidiarias. Propuso como excepciones, las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia de reconocer y pagar pensión de vejez, inexistencia de la

obligación de pagar intereses moratorios, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP PORVENIR S.A, prescripción, innominada o genérica, imposibilidad de condena en costas, enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido (expediente digital 09).

La sociedad PORVENIR S.A. manifiesta en su contestación, que no es cierto que la demandante se trasladó al el 16 de julio de 1997 porque la afiliación se presentó 16 julio de 1997, la cual se hizo efectiva el 1º septiembre de 1997; que la entidad no haya suministrado información ni reasesoría con anterioridad a los 47 años de edad; no es cierta la respuesta dada por la accionada PORVENIR S.A, tratándose de un resumen incompleto y descontextualizado. Y no le consta los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (expediente digital 10).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 18 de noviembre de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el cambio de sistema pensional del Régimen de Prima Media por el Régimen de Ahorro Individual que realizó la demandante, en consecuencia, declaró que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si ya se hubieren redimido, con cargo a sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado de las cotizaciones de la demandante para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. 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 Colpensiones a recibir de PORVENIR S.A, los valores aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por los actores en el Régimen de Prima Media, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados.

ABSOLVIÓ a Colpensiones de la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez promovida por demandante. DECLARÓ probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN de RECONOCER Y PAGAR LA PENSIÓN DE VEJEZ. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

IMPUGNACIÓN

Le apoderado de PORVENIR S.A. considera que el presente proceso no existen razones fácticas o jurídicas para que se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS, al haber sido manifestado por la demandante que su decisión fue voluntaria, además que la demandante se pudo trasladar de manera acompañada por los asesores, en las charlas se le manifestaron ciertas características del RAIS tal y como fue, que la pensión iba a depender de los aportes y podía pensionarse sin alcanzar el requisito de edad, y por ello considera que no se puede dar aplicación a la sanción del art. 272 de la Ley 100 de 1993 ya que la voluntad de la demandante no fue coaccionada al momento del traslado; además, la accionante tuvo varias oportunidades de retornar al RPM, sin que lo haya hecho; tampoco hay procedencia de la ineficacia del traslado, dado que la intención del traslado se dirige al factor económico y la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la naturaleza jurídica del traslado de régimen pensional se direcciona a la intención de los afiliado en la administración de sus recursos y no frente al monto de la mesada pensional.

Frente a la prueba que soporta la información al momento del traslado, asegura que dicho soporte no era obligatorio a los fondos de pensiones ya que solo surgió en la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera y la única prueba de la entrega de información veraz, corresponde a los formularios de afiliación.

Asegura que la demandante se pretende beneficiar de su propia culpa y buscan el traslado únicamente con base en el factor económica, pero la demandante también tenía el deber de información, no obstante, fue aceptado por la accionante que no actualizó sus datos, lo que dificultaba la entrega de información.

En segundo lugar, se opone a la orden de trasladar los saldos, rendimientos de la demandante y a trasladar con cargo a su propio patrimonio en forma indexada, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, prima de seguros previsionales y gastos de administración, pues generarían enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y se estaría imponiendo una condena doble en contra de su representada, aduciendo que con la indexación lo que se persigue es que el dinero no se vea deteriorado por el paso del tiempo, pero el mismo se puede ver resarcido con el traslado de los rendimientos, y conforme al principio de las restituciones mutuas, dichos rendimientos financieros no hubieran existido.

También indica, que los gastos de administración se usan para la generación de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual conforme lo establece la ley y esos dineros no están en el patrimonio de la entidad demandada.

Por su parte, los descuentos dirigidos a los seguros previsionales, su fin es el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte con aseguradoras y su traslado afectaría la situación ante terceros.

Solicita que la condena en costas sea revocada al no existir razones para la declaratoria de la ineficacia y la accionada actuó de buena fe y aplicando la ley.

La apoderada de Colpensiones manifiesta que la declaratoria del traslado se trata de un hecho ajeno a Colpensiones, teniendo en cuenta que el traslado se realizó en 1997. Controvierte que la demandante pretenda por este medio solicitar la ineficacia del traslado en busca que Colpensiones reconozca la pensión de vejez, ya que se tratan de dos regímenes pensionales independientes y excluyentes entre sí, que tienen características diferentes pero son válidos y legales, y la construcción de la pensión en dichos regímenes dependen de condiciones que han variado, dentro de ellos, las variaciones del IBC de la demandante, y bajo la facultad de adoptar el régimen que le fuera mas favorable, aquella optó con RAIS en donde ha permanecido afiliada por mas de 15 años. Adicionalmente, sostiene que a la demandante le hace falta más de 4 años para consolidar su derecho en el RPM y 2 años para cumplir la edad mínimo pensional; asegura que la demandante solicita la ineficacia del traslado por un factor netamente económica a sabiendas que la afiliación al sistema general de pensiones garantiza es la cobertura de un riesgo, los cuales han estado cubiertos. Que al momento de solicitarle a PORVENIR S.A.

el retorno, se encontraba en la imposibilidad establecida en el art 2 de la Ley 797 de 2003. Asegura dicha solicitud podría insolventar el sistema dado que los dineros no alcanzarían para cubrir la prestación económica. No acepta que la demandante alegue su culpa a su favor, al haber tenido una actitud pasiva.

En caso de ser confirmada la decisión, solicita se confirme la orden de trasladar los aportes debidamente indexados y se trasladen la totalidad de los conceptos. Y se mantenga la absolución de costas por no contrariar la ley, el traslado fue voluntaria y Colpensiones es un tercero al que se integró solo para recibir a la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante solicita que la sentencia sea confirmada dado que la APF privada al momento del traslado, no brindó una asesoría clara, completa y eficiente a la demandante a efectos de poder tomar una decisión consiente, lo que hace que no se pueda hablar de un traslado libre y voluntario, lo que implica que sea ineficaz (arts. 13 y 271 de la Ley 100 de 1993); así mismo sustenta la declaratoria de ineficacia del traslado con la sentencia 46.292 de 2014, indicando que dicho criterio se ha reiterado en otras jurisprudencias.

La apoderada de PORVENIR S.A. se aparta de los argumentos dados en primera instancia y que justifican la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen, cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993 al realizar la entrega de la información necesaria y obligatoria en el formulario de afiliación, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. La demandante contó con varias oportunidades para realizar el traslado lo que deja ver el interés de permanecer en el RAIS. La demandante manifestó que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional, por lo tanto, la ineficacia del traslado no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el incumplimiento de las expectativas en el monto pensional, motivación que no es reconocida por la Corte Suprema de Justicia porque no puede predicarse un engaño. Así mismo señala que la sociedad accionada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y comunicados de prensa informando cambios normativos; que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante el cual surgió con

la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; que la obligación del buen consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y ello fue objeto de pronunciamiento en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019; el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, al haber manifestado en el interrogatorio de parte, que no realizó comparaciones con otros Fondos Pensionales, no hizo preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hizo uso de los diferentes canales de atención al usuario; las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas sino que se encuentra en la Ley 100 de 1993 por lo tanto, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa.

Y frente a la devolución a Colpensiones con cargo a sus propios recursos, el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, frutos, intereses, los bonos pensionales si se hubiesen redimido. El porcentaje destinado al FGPM, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros debidamente indexados, considera que debe ser revocada por lo antes expuesto, pero en caso de confirmarse la condena y declarar la ineficacia de la afiliación, solicita no se condene al traslado en forma indexada del porcentaje destinado al FGPM, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, ya que en primera instancia se está ordenando el traslado de los rendimientos generado, y los efectos jurídicos que se causan con la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas; adicionalmente porque los gastos de administración porque este concepto tiene por mandato legal destinación específica conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y dicho descuento ha cumplido a cabalidad y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, así mismo, atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa; y toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y de acuerdo con la coyuntura económica, se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, como se analizó por el Tribunal Superior de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019. Y resalta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

Considera improcedente las costas procesales, dado que la entidad obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales y buscando el beneficio de la parte demandante.

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia, aduciendo que la afiliación a PORVENIR S.A. fue libre, voluntaria, espontánea y sin coacción, se firmó el formulario de afiliación que era el único documento exigible, sin que se evidencia vicios en el consentimiento; con la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación y la orden de trasladar los dineros ahorrados, se genera detrimento al Sistema General de Pensiones; considera que la ineficacia del traslado están llamadas a insolventar el Sistema General de Pensiones y los dineros devueltos no son suficientes para el financiamiento de la prestación económica. Que se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema; sustenta con las sentencias C 1024 de 2004, SU 062 de 2010, T073 de 2019, T 184 de 2009. Que en el presente caso existe una responsabilidad compartida, puesto que la demandante no puede acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario está en la obligación legal de acceder a la información respecto cual es el fondo más conveniente para percibir su pensión, por lo que no es aceptable que se alegue su propia culpa a su favor y el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Que la demandante contó con la debida asesoría, la cual cumplía con las formalidades establecidas para la época. Que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Y en el caso tal de que se confirme la decisión, se deben trasladar los recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, anulación de Bonos Pensionales, porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, valores estos que estarán debidamente indexados; conceptos que deberán notificarse debidamente discriminados. Solicita no se imponga costas en costra de Colpensiones.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia, en virtud del **recurso de apelación**, se centra en analizar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada PORVENIR S.A. de trasladar los saldos, rendimientos de la demandante y a trasladar con cargo a su propio patrimonio en forma indexada, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, prima de seguros previsionales y gastos de administración; iii) Si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A..

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si se deberá revocar la orden de trasladar los bonos pensionales.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 35 años de edad, al haber nacido el 20 de noviembre de 1967 (fl 16 del expediente digital 01); cotizó al ISS desde el 1º de septiembre de 1995 al 30 de junio de 1997 (fls. 16 a 17); solicitó traslado a la sociedad PORVENIR S.A. el 16 de julio de 1997 (fl. 40).

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 se trasladó a PORVENIR S.A. porque en hicieron una reunión en el sitio de trabajo y en 15 minutos les explicaron que les iban a dar muy buena pensión, que a la edad que quisieran se iban a pensionar con una mesada buena; la motivación para trasladarse era porque les dijeron que el ISS se iba a acabar y si se trasladaban se podían pensionar a cualquier edad; que ella también trabajaba como odontóloga en el ISS y escuchaba que decían que el ISS se iba a acabar; su motivación para solicitar la ineficacia del traslado es económica; no se sintió presionada para firmar el formulario de afiliación con PORVENIR S.A.; su traslado fue voluntaria.

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 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., 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 vulnera 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. Por ello no es suficiente que la PORVENIR S.A. aporte la historia laboral válida para bonos pensionales, certificado de afiliación, historial de vinculaciones, formulario de afiliación, historia laboral consolidada, informe de movimientos y rendimientos, derecho de petición elevado por la accionante, relación histórica de movimientos, respuestas a solicitudes, consulta de viabilidad, comunicados de prensa, concepto 2019152169-003-000 del 15 de enero de 2020 (fl. 24 a 87 del expediente digital 10), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Y frente a los alegatos presentados por Colpensiones, en relación a la declaración de ineficacia de la afiliación con fundamento en el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, la Sala no lo acogerá, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

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

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

se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual.

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

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de la afiliación; y se confirmará la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones los aportes.

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.

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).”*

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

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

En relación a la absolución de la indexación, por considerar PORVENIR S.A. que se realiza una doble condena, dado que se están trasladando los 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.

Teniendo claro lo anterior, considera CONFIRMARÁ orden dada en primera instancia a PORVENIR S.A., de trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos financieros, frutos e intereses, con cargo a sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado de las cotizaciones de la demandante para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, ellos es, para el **25 de noviembre de 27** al haber nacido el 25 de noviembre

de 1967 de 1958, 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 \$1.160.000 a cargo de cada una de las accionadas PORVENIR S.A. y Colpensiones, por no haber prosperado los recursos 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 la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a Protección 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, por las razones analizadas en esta providencia.

TERCERA: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las accionadas PORVENIR S.A. y Colpensiones, por no haber prosperado los recursos de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARIA SALA LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
EDICTO VIRTUAL

La secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia

DEMANDANTE	: LARISSA LUCÍA TOBAR ACEVEDO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-010-2021-00318-01
RADICADO INTERNO	: 361-22
DECISIÓN	: REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA

MAGISTRADO (A) 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/148> 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 21 de febrero de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 21 de febrero de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO