

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: GILDARDO ANTONIO ARROYAVE SERNA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PENSIONES DE ANTIOQUIA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-022-2019-00444-01
RADICADO INTERNO	: 026-23
DECISIÓN	: ACLARA, ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 052

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 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 23 de agosto de 2022, inscrito el 26 de agosto de 2022 con el No. 02872678 del libro IX, de conformidad con el Artículo 75 de la Ley 1654 de 2012 (Código General del Proceso) fue inscrito para que actúe como representante de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. en los procesos judiciales en los que esta última sea designada como apoderado de parte a: ... Octavio Andrés Castillo Ocampo”*, 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 o ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual, realizada a la sociedad PORVENIR S.A.; se declare que el traslado queda sin efecto por existir vicio en el consentimiento y afectar los derechos y garantías mínimas del demandante; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del actor al Régimen de Prima Media administrado por Pensiones Antioquia; que el demandante nunca obtuvo reasesoría antes de cumplir los 52 años de edad; que Pensiones de Antioquia debe reconocer la pensión de vejez desde el 30 de diciembre de 2018 al acreditar los requisitos para acceder a la prestación económica.

Se CONDENE a PORVENIR S.A. a trasladar a Pensiones de Antioquia la totalidad de los aportes realizados por el actor al Régimen de Ahorro Individual, rendimientos, sin ningún descuento por cuota de administración. Se CONDENE a Pensiones de Antioquia a reactivar la afiliación del actor al Régimen de Prima Media y recibir los aportes que sean trasladados a PORVENIR S.A. Se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Como **pretensiones subsidiarias**, solicita se DECLARE que el demandante nunca obtuvo reasesoría antes de cumplir los 52 años. Se CONDENE a PORVENIR S.A. a reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que este hubiera recibido si estuviera en el Régimen de Prima Media. Se condene a las demandadas en costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 30 de diciembre de 1956; el demandante cotizó a Pensiones de Antioquia desde el 31 de julio de 1985 al 30 de octubre de 1995; se trasladó a la sociedad COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 24 de octubre de 1995, y en dicha oportunidad trabajaba en el Departamento de Antioquia; en Pensiones Antioquia cotizó 531.72 semanas, en el Régimen de Ahorro Individual cotizado

1.195 semanas y en toda su vida laboral cuenta con 1.726 semanas; al momento del traslado a PORVENIR S.A., no le suministraron información completa; con anterioridad a los 52 años de edad no le brindaron reasesoría; en comunicación del 13 de marzo de 2019 la accionada PORVENIR S.A. realizó simulación pensional, indicándole que a los 62 años la mesada pensional sería la garantía de pensión mínima; y en comunicación del 13 de marzo de 2019 le indicó que la solicitud de anulación de la afiliación no cumplía con los requisitos legales y jurisprudenciales; Pensiones de Antioquia en respuesta del 29 de abril de 2019, expuso que la entidad ostenta la condición de fondo cerrado que le impide afiliarse al demandante.

Señala la parte demandante que al calcular la mesada pensional que recibiría en Pensiones de Antioquia, con base en un IBL de los últimos 10 años de \$1881.142, y un monto de 76.36%, la mesada pensional ascendería a \$1.436.440.

RESPUESTA A LA DEMANDA

Pensiones de Antioquia en la contestación a la demanda se opuso a las pretensiones a la demanda. En relación con los hechos de la demanda, aceptó la fecha de nacimiento; los aportes realizados a Pensiones Antioquia; el traslado a PORVENIR S.A. y que para esa fecha laboraba en el Departamento de Antioquia; la respuesta dada por Pensiones Antioquia. La afirmación relativa al cálculo de la mesada pensional en Pensiones Antioquia considera que no es un hecho. No le constan los demás hechos. Propuso las excepciones que Pensiones de Antioquia no es el competente para recibir al demandante, buena fe, exoneración del pago de costas procesales (expediente digital 18).

La accionada PORVENIR S.A. al dar respuesta a la demanda manifiesta que no es cierto la afiliación a fuera el 24 de octubre de 1995, porque la solicitud de traslado tuvo lugar el 23 de octubre de 1995 y la afiliación se hizo efectiva el 1º de noviembre de la misma anualidad; la falta de información al momento de realizar el traslado; la falta de reasesoría antes de cumplir los 52 años de edad porque el buen consejo y la doble asesoría son obligaciones posteriores; lo referente a la simulación realizada por PORVENIR S.A. y la

respuesta dada por la entidad, porque se trata de una información incompleta y descontextualizada; y no es cierta el cálculo de la mesada pensional que le correspondería en Pensiones Antioquia al tratarse de una pretensión y no de un hecho. No le constan los demás hechos de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de cusa e inexistencia de la obligación, buena fe (expediente digital 20).

En auto del 21 de octubre de 2021, el Juzgado de conocimiento vinculó a **Colpensiones** en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (expediente digital 27), entidad que en su **contestación a la demanda** expuso que es cierta la fecha de nacimiento. No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, sobre la solicitud judicial de traslado de régimen pensional de quienes ostentan el estatus de pensionado, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas, compensación (expediente digital 34).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 5 de diciembre de 2022, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado realizado por el demandante el 23 de octubre de 1995 desde Pensiones de Antioquia (o Fondo Prestacional del Departamento de Antioquia) al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR S.A. (antes COLPATRIA) y de la continuidad en ese régimen hasta la actualidad. Dispuso que la parte actora ha estado vinculada siempre, sin solución de continuidad, en el Régimen de Prima Media en el fondo de Pensiones de Antioquia. CONDENÓ a Pensiones de Antioquia a tener a la parte demandante como su afiliado y a consolidar en la historia

pensional de todo el tiempo cotizado o servido al Sistema General de Pensiones sólo en el Régimen de Prima Media.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. como actual administradora de los recursos pensionales de la parte actora, a trasladar a la ejecutoria de dicha sentencia, al Régimen de Prima Media al fondo de Pensiones de Antioquia, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan, además de los aportes concretamente destinados a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos; condenó a PORVENIR S.A. a devolver Pensiones de Antioquia, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibió de la parte accionante o en su favor, destinados a cuotas o gastos de administración del art. 20 de la Ley 100 de 1993; y CONDENÓ a Pensiones de Antioquia a recibir y/o a cobrar esos dineros.

DECLARÓ probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en relación con Colpensiones y se la ABSOLVIÓ de todo cargo. Condenó a PORVENIR S.A. en costas en favor del demandante. No condenó en costas a cargo ni en favor de Colpensiones ni de Pensiones de Antioquia.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual fue valido y estuvo antecedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con la información pertinente; no se dan los presupuestos para realizar la declaratoria de ineficacia y por el contrario, el demandante tuvo posibilidad de conocer las características y condiciones y regresar a Pensiones de Antioquia; si bien existe línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado por falta al deber de información, solo es aplicada de manera diferencial según la similitud de los supuestos fácticos, los cuales no se dan en este evento dado que la afiliación del actor fue libre, voluntaria e informada y se dio cumplimiento a las obligaciones que la accionada tenía porque para la fecha de la afiliación no existía la obligación de informar por escrito los beneficios de los regímenes pensionales ni el monto de la pensión y tampoco es dable que se exija la doble asesoría, buen consejo y desincentivar la

afiliación al tratarse de cargas impuestas en el Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015; en este evento, la intención de la declaración de la ineficacia, se deriva del monto de la mesada pensional, factor que no prueba la falta del deber de información y no vicia la voluntad del demandante.

En relación a las sumas del seguro previsional y los gastos de administración, considera que no se deben trasladar al Régimen de Prima Media, al haberse cumplido con la finalidad del aseguramiento en los riesgos, en el tiempo de la afiliación; la Superintendencia Financiera ha señalado que se deben respetar las restituciones mutuas que se hayan realizado, que no se debe ordenar el traslado de la prima del seguro previsional, ni la devolución de cuotas de administración utilizadas para generar rendimientos a la cuenta de ahorro individual del afiliado. Señala que en virtud del art 1746 del Código Civil, se debe autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar, independiente del motivo que dio lugar a la ineficacia, por lo que al fondo de pensiones se le deben reconocer los gastos de administración que haya ejecutado a favor del afiliado para generar los rendimientos, negar la aplicación de la devolución de las restituciones mutuas conllevarían a un enriquecimiento sin causa del Régimen de Prima Media.

Se opone a la orden de trasladar rendimientos y gastos de administración al no ser coherente que sea declarada la ineficacia en forma parcial dado que dicha figura implica que ese negocio jurídico no se celebró jamás, por lo tanto, los frutos dados por la administración de los recursos por parte de PORVENIR S.A. tampoco se generaron; y trasladar los rendimientos, implica que se tratan de dineros que no se generaron en el Régimen de Prima Media que contraría el art. 847 del Código de Comercio.

Se opone a la indexación dado que se ordenó a su representada a trasladar los rendimientos pro lo que dicho concepto se debe compensar con los rendimientos; ordenar el traslado indexación, rendimientos y gastos de administración implica una doble condena.

Finalmente solicita la absolución de las costas procesales, porque la entidad actuó conforma a la buena fe.

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.

El apoderado de PORVENIR S.A. se aparta de los argumentos dados en primera instancia y que justifican la ineficacia del traslado, porque al momento del traslado de régimen, la accionada cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993 al realizar la entrega de la información 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 parte demandante tuvo oportunidad para trasladarse de régimen pensional, no lo hizo y mantuvo un interés de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual; se logra inferir que el interés de retornar, es la mesada pensional y en ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Adicionalmente, 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; 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 los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente los gastos o cuotas de administración, los cuales se condena a trasladar debidamente indexados, deben ser revocados, porque en el fallo emitido se condena al traslado de los rendimientos que genere la cuenta de ahorro individual y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido no es posible que se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes se busca reponer con la indexación, el mismo se compensaría con el traslado de unos rendimientos, que en ocasión estos últimos a los efectos de unas restituciones mutuas, nunca debieron existir.

Los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica consagrada en el art. 20 de la Ley 100 de 1993; dichos descuentos cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, y en ese sentido, no están en poder de la administradora sino que se destinaron a cubrir los gastos en que se incurrió para la generación de frutos y rendimientos y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte y no se puede retrotraer su cobertura; así mismo, atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa; la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, se dio por aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. 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.

En cuanto a la condena en costas, señala que la accionada obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante y buscando el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de la entidad.

La apoderada de Colpensiones considera que no hay lugar al traslado de la demandante, de conformidad con el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, y al contar la parte actora con 33 años de edad, lo cual le permite trasladarse sin impedimento; en relación a los afiliados que son beneficiarios del régimen de transición y que habiéndose trasladado al Régimen de Ahorro Individual no hayan retornado, pueden regresar al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo, en los términos de la sentencia SU 062 de 2010.

En cuanto a las cuotas de administración y demás conceptos, se direcciona al contenido del inciso 2º del art. 20 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el art. 7 de la Ley 797 de 2003, el art. 39 del Decreto 656 de 1994 y el literal f) del art. 60 de la Ley 100 de 1993 y concluye que el hecho que la cuota de administración es un ingreso propio en favor de la generación de su patrimonio, de encontrarse que si la misma se declara ineficaz en virtud a una afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional o por faltarle a un requisito de existencia o validez, estos dineros conjuntamente con sus rendimientos, generan un enriquecimiento sin justa causa a su favor y de no trasladarse, constituiría desmedro a Colpensiones, porque desde la selección de afiliación al RAIS, nunca tuvo en su haber la destinación o administración de esas sumas dinerarias, y así se señaló en la sentencia SL 17.595 de 2017.

Y solicita la devolución y traslado de todos los aportes, cotizaciones o gastos, seguros previsionales, ahorros voluntarios, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados a favor de Colpensiones.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar **en apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar rendimientos, cuotas de administración, descuentos por seguros previsionales e indexación; iii) Si hay lugar a revocar la condena en costas a cargo de PORVENIR S.A.

En el grado jurisdiccional de consulta, se deberá analizar: i) Las órdenes dadas a Pensiones de Antioquia ii) Si hay lugar a aclarar la sentencia, advirtiendo que la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar los gastos de administración, estos se encuentran constituidos 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; iii) Si se debe adicionar la sentencia a efectos de ordenarle a PORVENIR S.A. trasladar los descuentos realizados para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 30 de diciembre de 1956 (fl. 1 y 2 del expediente digital 04); según se extrae del CETIL que reposa a fl 13 del expediente, se extrae que el actor laboró para el Departamento de Antioquia en el cargo de Auxiliar, desde el 31 de julio de 1985 al 4 de diciembre de 1991 sin que haya realizado aportes a la seguridad social, del 5 de diciembre de 1991 al 23 de octubre de 1995 oportunidad en que realizó aportes a Pensiones de Antioquia y desde el 24 de octubre de 1995 realiza aportes al Régimen de Ahorro Individual; de la respuesta emitida por Pensiones de Antioquia el 12 de febrero de 2019 se extrae que el demandante fue afiliado al fondo de Pensiones de Antioquia desde el 31 de julio de 1985 y realizó cotizaciones desde el 1º de julio de 1995 al 30 de octubre de 1995 (fl. 6); solicitó traslado a la sociedad COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 23 de octubre de 1995 (fl. 5).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que es vigilante en un colegio del Municipio de Yarumal y la entidad para la que trabaja es el Departamento de Antioquia, siempre ha sido

empleado público y cotiza a pensiones; en relación al traslado a COLPATRIA manifestó que no sabe en qué momento lo trasladaron a esa entidad; se dio cuenta del traslado dado que en el colegio le preguntaron por qué se había pasado de Pensiones de Antioquia a COLPATRIA; pudo haber firmado los documentos, porque al colegio le llegaban documentos de la Gobernación, pero advierte que pudo haber firmado pero nadie le dijo que era para trasladarse; no tuvo reunión con asesor de COLPATRIA para realizar el traslado; los hijos son los que aparecen en el formulario de afiliación.

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 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.

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 indico 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 sentencia STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PORVENIR S.A. (entidad con la que se efectuó 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 RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A. aporte historia laboral válida para bono, certificado de afiliación a PORVENIR S.A., formulario de afiliación a COLPATRIA, relación histórica de movimientos, historial de vinculaciones, comunicados de prensa, concepto 2019152169-003 del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera (expediente digital 20), 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.**

Se CONFIRMA la orden de trasladar los dineros a PENSIONES DE ANTIOQUIA, teniendo en cuenta que el art. 3 del Decreto 2527 de 2000 reza:

*“Efectos de la desvinculación laboral de funcionarios públicos. Los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trata el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 **y se desvinculen de la entidad pública** a través de la cual estaban afiliados a dichas Cajas, Fondos o entidades, para continuar cotizando al Sistema General de Pensiones deberán afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una Administradora de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual, **salvo que su vinculación a la otra entidad se produzca sin solución de continuidad**, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-ley 1042 de 1978.” (Negrilla fuera del texto)*

Y en este evento en el interrogatorio de parte, el Sr. Gildardo Antonio Arroyave Serna informó que trabaja para el departamento de Antioquia y siempre ha sido empleado público.

Y frente a la oposición presentada 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 y la sentencia SU 062 de 2010, 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 la declaración de ineficacia del traslado realizado por el demandante de Pensiones de Antioquia (o Fondo Prestacional del Departamento de Antioquia) al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR S.A.; y la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Pensiones de Antioquia, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan, además de los aportes concretamente destinados a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos.

2. De los efectos de la ineficacia

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

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

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

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la

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

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)*

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 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.

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 Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el **principio de sostenibilidad financiera** no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que se deberá:

- ACLARAR la sentencia, en el sentido que la orden dada a PORVENIR S.A., para que trasladen a Pensiones de Antioquia los gastos de administración, los mismos se encuentran 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 indexada y con cargo a sus propios recursos.

- ADICIONAR la sentencia, ordenándole a PORVENIR S.A. trasladar a Pensiones de Antioquia el descuento de la garantía de pensión mínima.

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.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, 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.

3. Costas a cargo de PORVENIR S.A.

Se CONFIRMARÁ la condena en costas, dando aplicación al art. 365 del CGP que expresa: *“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...”*,

y en este evento, la pretensión principal de la demanda, dirigida a la declaración de la ineficacia del traslado, prosperó.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PORVENIR S.A., por no haber salido avante 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: ACLARAR la sentencia, en el sentido que la orden dada a PORVENIR S.A., para que trasladen a Pensiones de Antioquia los gastos de administración, los mismos se encuentran 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 indexada y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **ORDENARLE** a PORVENIR S.A. trasladar a Pensiones de Antioquia, el descuento de la garantía de pensión mínima.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, 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.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia emitida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PORVENIR S.A., por no haber salido avante el recurso de apelación presentado.

SEXTO: 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



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	: GILDARDO ANTONIO ARROYAVE SERNA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PENSIONES DE ANTIOQUIA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-022-2019-00444-01
RADICADO INTERNO	: 026-23
DECISIÓN	: ACLARA, ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 marzo de 2023 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 21 de marzo de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO