

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: VÍCTOR HUGO PUERTA CHICA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2021-00021-01
RADICADO INTERNO	: 059-23
DECISIÓN	: ACLARA, REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA.
ACTA NÚMERO	: 080

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se **DECLARE** la ineficacia del traslado en pensiones realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y se **DECLARE** que siempre ha estado válidamente afiliado en pensiones al régimen de prima media que hoy administra Colpensiones, y como consecuencia, se **CONDENE** a Porvenir a trasladar los aportes realizados por el asegurado como sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y se **CONDENE** a Colpensiones a validar dichos aportes que sean trasladados y a incorporarlos en la historia laboral, y se **CONDENE** además a Colpensiones a pagar la pensión de vejez desde el 29 de diciembre del 2019

en adelante por acreditar para dicha fecha las semanas en el sistema general de pensiones.

Como supuestos facticos manifestó que Nació el 29 de diciembre de 1957 y cuenta a la presentación de la demanda con un total de 1450 semanas cotizadas y 63 años, y que durante su vida laboral ha estado en el sector privado y para la época de la afiliación con el fondo inicial Porvenir S.A se encontraba laborando para la empresa Farmacológica S.A y actualmente se encuentra afiliado al mismo fondo, y que cuando se trasladó al fondo el asesor le sugirió que se afiliara con ellos porque iba a tener una mejor pensión, le dijo que se iba a poder pensionar antes de la edad que exigía el Instituto de Seguros Sociales y que el régimen de prima media se iba a acabar, además de que la pensión iba a ser mayor.

Que no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaba permanecer o trasladarse de régimen pensional ni le otorgaron información debida acerca de las graves consecuencias del traslado, y que no le informaron las características de cada uno de los regímenes pensionales ni le explicaron cómo se liquidaba la pensión, precisando en síntesis que no se le explicaron las consecuencias adversas de estar en dicho régimen a diferencia del régimen de prima media.

Que en respuesta a derecho de petición que presentara ante Porvenir S.A, la entidad le envió el formulario de afiliación y la historia laboral y le indicó que no cuenta con los soportes físicos de las asesorías realizadas, indicando por último que según el cálculo realizado por la parte actora la pensión sería mejor en el RPM que en el RAIS.

El 21 de enero del 2020 radicó ante Colpensiones formulario de afiliación el cual fue rechazado de manera inmediata por la entidad, y el 4 de enero del 2021 solicitó nuevamente mediante derecho de petición el reconocimiento y pago de la pensión de vejez la cual fue rechazada igualmente.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta solo la afiliación realizada a dicha entidad, pero no aceptó ningún otro hecho, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

RESPUESTA COLPENSIONES

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que acepta la edad del demandante, y las reclamaciones presentadas, así como las respuestas dadas a las mismas, no le constan los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las que denomino como carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de la indexación de las condenas, 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.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 06 de diciembre de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado del señor VÍCTOR HUGO PUERTA CHICA; del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento del demandante al momento de afiliarse al régimen administrado por PORVENIR S.A.

DECLARÓ que la afiliación al Régimen de Prima Media – RPMPD del demandante no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que han estado activamente vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y CONDENÓ a PORVENIR S. A. que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia, traslade con destino a COLPENSIONES, el 100% de los aportes efectuados por el

demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha de afiliación al RAIS, hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir los aportes que PORVENIR S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por el demandante como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

CONDENÓ a COLPENSIONES a estudiar y reconocer la pensión de vejez solicitada por el señor VÍCTOR HUGO PUERTA CHICA; bajo el presupuesto normativo, consagrados en los artículos 21, 33 y 34 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 del año 2003, presupuestos que acredita el demandante para el reconocimiento de la pretensión económica, precisando además que la pensión queda supeditada a la liquidación que efectúe COLPENSIONES según lo mencionado con anterioridad, teniendo en cuenta la ineficacia decretada al demandante.

ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, tratándose de los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, Y DECLARÓ IMPROSPERAS las excepciones formuladas por las demandadas, y CONDENÓ en costas a PORVENIR S. A, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, y no impuso costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión **el apoderado de la parte demandante** interpone recurso de apelación manifestando que se debe revocar el numeral 5 de la parte resolutive que condenó a Colpensiones a pagar la pensión de viajes al demandante pues indica que la condena que hace el juez es una

condena en abstracto a pesar de que existen los elementos probatorios y materiales para que la condena no sea en abstracto sino en concreto, precisando además que la pretensión de pensión de vejez es consecuencial a la declaratoria de la ineficacia, pero que en este proceso aparte de la petición que se formuló a Colpensiones para que recibiera el demandante también presentó un derecho de petición a Colpensiones solicitándole la pensión cumpliendo de esta forma con la reclamación administrativa y que según la historia laboral dada por Porvenir se evidencia que la última cotización es a marzo del 2018, y cumplió la edad el 29 de diciembre de 2019, por lo que se debería haber realizado la liquidación en concreto teniendo en cuenta el retiro tácito del sistema y teniendo en cuenta además que la última cotización fue en el 2018 y la demanda se presentó en el año 2021, precisando que incluso en el interrogatorio de parte el actor manifestó que no ha vuelto a cotizar. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia en cuanto no se liquidó en concreto la pensión de vejez, debiendo adicionarse la sentencia en este sentido.

La apoderada de Colpensiones indicó que la obligación de recibir al demandante por la orden judicial que declara la ineficacia no tiene en cuenta las implicaciones económicas y administrativas al tener que asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la cual en principio no hizo parte, es decir, de la forma que se vincula Colpensiones a los procesos judiciales como litisconsorte necesario partiendo de la base de que dicha administradora no participó en la celebración del contrato de vinculación ni hizo parte del uso de maniobras contrarias a la ley para obtener el traslado de los aportes del demandante con ocasión a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal como quedó demostrado ya que el demandante manifestó en el interrogatorio que no había sido amenazado y que por el contrario se trasladó de manera libre y voluntaria.

Que además se debe analizar si el demandante tiene derecho o no a la pensión indicando que para este caso en concreto se debe revocar la sentencia donde se condenó a Colpensiones a pagar la pensión de vejez, pues indica que la fundamentación fáctica de la demanda está enfocada es a la ineficacia del traslado y no la pensión de vejez, y que por lo tanto la pretensión de pensión de vejez no puede ser objeto del presente proceso toda vez que según esta, hasta que no se trasladen los aportes y demás rubros a que haya

lugar, no se le da la oportunidad procesal y legal a la demandada para que realice el correspondiente estudio pensional para determinar la procedencia o no del derecho a la pensión solicitada aclarando que hasta ahora el traslado de regímenes es solo una expectativa.

Qué en el expediente no hay prueba de que el demandante haya dejado de cotizar al sistema general de pensiones que es uno de los requisitos para acceder a tal pretensión y que por lo tanto no le asiste el derecho y el reconocimiento a la pensión de vejez.

Que en caso de confirmarse la sentencia que declaró la ineficacia del traslado solicita que Porvenir S.A devuelva a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con sus frutos e intereses debidamente indexadas, y por ultimo solicita se confirme la absolución en costas a dicha entidad al ser un tercero de buena fe.

La apoderada de Porvenir S.A indica que no existían razones fácticas y jurídicas para la declaratoria de la ineficacia dado que de acuerdo con las pruebas que se aportaron desde la contestación de la demanda y el interrogatorio de parte que se llevó a cabo en la audiencia se puede concluir que el demandante sí tenía pleno conocimiento del acto jurídico que estaba celebrando y en ese sentido conocía las implicaciones y consecuencias de su decisión.

Que además la pretensión del demandante es meramente económica indicando que se debe tener en cuenta que este tipo de procesos no pueden versar solo sobre expectativas económicas que no se cumplen dado que las obligaciones de dicha entidad son de medio y no de resultado, y que en todo caso, al demandante no se le prometió ningún monto de mesada pensional, y que además en cuanto a la prueba que se reprocha por el juez de primera instancia que no se aportó por parte del fondo privado resalta que para la época en que se efectuó la afiliación ante Porvenir no existía esta obligación de guardar algún tipo de soporte documental de forma estricta y específica, sino que se exigían que al demandante se le brindara información de carácter verbal cómo se hizo ya que quedó probado que el mismo estuvo acompañado

de asesores comerciales de la entidad y que en este sentido la afiliación quedará suscrita a través de un formulario de afiliación que el mismo demandante reconoció haber firmado.

Por otro lado, indica que Porvenir hace campañas masivas informando a los consumidores financieros de los cambios normativos y en todo caso los asesores comerciales que acompañaron al demandante estaban debidamente capacitados para informar sobre las condiciones del régimen de ahorro individual.

Que teniendo en cuenta la validez de la afiliación indica que debe ser revocada la condena que consiste en trasladar a Colpensiones los dineros recibidos con motivo de la afiliación y la condena de trasladar gastos de administración, seguros previsionales y aporte del fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, primero porque los gastos de administración fueron descontados de los aportes que hacía el demandante por mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993, indicando que estos recursos eran destinados a una gestión y servicio que prestaba la entidad para generar rendimientos en favor del afiliado.

Segundo porque los seguros previsionales según esta son conceptos que se trasladan a terceros por lo que dichos dineros no están en el patrimonio de la entidad y se destinaron además a cubrir las contingencias de invalidez y muerte durante el tiempo de afiliación del demandante, y en cuanto a la indexación resalta que dicho detrimento patrimonial se ve compensado con los rendimientos financieros que se generaron debido a la gestión de Porvenir por lo que ello implicaría no solo una doble condena sino también un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, y por último en cuanto a la condena en costas solicita sea revocada por cuánto la entidad ha actuado de buena fe y conforme al ordenamiento jurídico vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones en sus alegatos, se opone en primer lugar a la obligación de Colpensiones de recibir a los afiliados que judicialmente

deben trasladarse al Régimen de Prima Media sin consideración de las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan y a tener que asumir una defensa técnica pese a no haber hecho parte de la relación jurídica sustancial

En segundo lugar, frente a la voluntad de la parte actora de poder trasladarse de un régimen a otro, se trata de un derecho que ejerció al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, lo que se trata de un hecho ajeno a Colpensiones y con base en la restricción del art. 2º de la Ley 797 de 2003, advirtiéndose, que dicha restricción que tiene razón de ser, porque Colpensiones no ha establecido un capital para el debido reconocimiento y pago de una pensión en el futuro.

En tercer lugar, frente a la inversión de la carga de la prueba, donde la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento, exigencia que no ha podido ser acreditada por los fondos porque solo cuenta con los formularios de afiliación; al ser la afiliación un contrato inter partes, la parte demandante tenía obligaciones, siendo el Decreto 2555 de 2010 el que establece las obligaciones que debe atender el afiliado.

Hace referencia al desconocimiento que se ha dado, frente a las etapas cómo los fondos del RAIS deben proporcionar al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna y que corresponden: Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; Tercera etapa: La Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; por lo tanto, si dicha información no fue proporcionada por las AFP, omitiendo la información de forma parcial o total, serían ellas las implicadas en el reconocimiento de la prestación económica de la demandante a futuro y no Colpensiones. Los anteriores argumentos van ligados a la sostenibilidad financiera consagrada en el art. 48 de la CN.

En cuarto lugar, solicita no sea condenada Colpensiones en costas, por ser un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la parte actora y la demandada PROVENIR S.A.

En caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicita que PROVENIR S.A. devuelvan a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como son: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y como lo estableció en su momento las sentencias 68838 de 2019, que remite a las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019 y 3708 de 2021, de forma indexada.

El apoderado de la parte demandante solicita se confirme la sentencia en cuanto a la declaratoria de la ineficacia reiterando los mismos argumentos ya expuestos sobre la falta del deber de información y solicita como se pretende en el recurso de apelación modifique el numeral quinto de la sentencia y se otorgue la pensión bajo los parámetros del de la Ley 797 del año 2003, tal y como lo fallo el ad quo, pero reconociendo la pensión desde el día 29 de diciembre del año 2019.

El apoderado de Porvenir presenta alegatos de conclusión y señala con respecto a la ineficacia del traslado que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

Que la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Que, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

Que además 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 que por lo tanto 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, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Así mismo indica que no debe ser condena en costas por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada, y si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RPM, y si debe liquidarse la pensión de forma concreta a teniendo en cuenta la última cotización como lo argumenta el apoderado de la parte demandante.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 29 de diciembre de 1957, (fls 04 del PDF 04, anexos de la demanda), y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 25 de noviembre de 1981, (fls 28 del PDF 09, contestación de Porvenir S.A), y se trasladó de forma efectiva a Porvenir S.A a partir del 01 de junio de 2001 (fls 22, PDF 09, contestación de Porvenir S.A).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se motivó a Porvenir en el año 2001 porque llegó una niña al

laboratorio donde trabajaba y le dijo que el ISS se iba a acabar y que en Porvenir la pensión sería mejor porque ganaba intereses, que la reunión fue individual, que no le hablaron de rendimientos financieros, que no le dijeron que iba a pasar con el dinero aportado en el ISS, que como no tenía conocimiento sobre el tema no tenía preguntas para hacer, que no leyó el formulario porque se lo iban llenando y lo que hizo fue solo firmar, que no le hablaron de la posibilidad de reporto al ISS, ni le hicieron proyección pensional, que en la actualidad no cotiza a pensiones.

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

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá*

realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”,
o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...”.** (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;....”.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó

que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada 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 vincularse a dicha entidad **en el año 2001**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del

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

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

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

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

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

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y*

las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

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

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

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

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

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

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.”

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ACLARADA en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas.

Ahora, 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. Del reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Para el caso bajo estudio no existe discusión y se encuentra acreditado que al señor VÍCTOR HUGO PUERTA CHICA, le es aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez los requisitos establecidos en el artículo 33 de la ley 700/93, modificado por la ley 797 de 2003, esto es, cumplir una edad de 62 años y tener 1.300 semanas cotizadas.

El primer requisito de la edad fue cumplido el 29 de diciembre de 2019 al haber nacido el 29 de diciembre de 1957, (fls 04 del PDF 04, anexos de la demanda), y el segundo requisito con respecto a las semanas cotizadas se encuentra acreditado toda vez que según historia laboral allegada por la parte demandada Porvenir S.A se evidencia que esta cuenta hasta el marzo de 2018 con un total de **1.449** semanas cotizadas en toda su vida laboral, (fls 32 y ss de la contestación de Porvenir S.A). En virtud de lo anterior es claro que el demandante cumple a cabalidad los requisitos de la normativa en cita para tener derecho a la pensión de vejez pretendida.

Ahora, con respecto al disfrute de la pensión debe decirse que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas. En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el

afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa.

Partiendo de lo descrito considera la Sala que la pensión de vejez deberá reconocer a partir del **30 de diciembre de 2019**, fecha en la que cumplió los 62 años de edad, habida cuenta que según la historia Laboral aportada por Porvenir S.A se observa que la última cotización realizada por el actor fue para el mes de marzo de 2018, sin que se evidencien cotizaciones posteriores a dicha fecha, debiendo REVOCARSE la sentencia de primera instancia en este sentido.

No obstante, lo anterior, precisa la Sala que no es posible liquidar el IBL de la pensión de vejez pretendida toda vez que no existe en el expediente el reporte de semanas cotizadas mes a mes con el IBC y los días cotizados para cada mensualidad, por lo que deberá confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto a que deberá ser Colpensiones la que liquide el IBL de la pensión de conformidad con lo regulado en el artículo 21 de dicha normativa, esto es, con el promedio de las cotizaciones realizadas en toda la vida o en los últimos diez años según sea más beneficioso para la demandante, y el monto de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, y el IBL.

La pensión debe ser reconocida en 13 mesadas al año al causarse el derecho después del 31 de julio de 2011 al tenor de lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005.

Costas en esta instancia a Cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas que encuentran constituidas por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, las cuales deberá ser trasladadas debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, 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**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

TERCERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, que no concedió retroactivo pensional, para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES a que reconozca y pague al señor VÍCTOR HUGO PUERTA CHICA, la pensión de vejez a partir del 30 de diciembre de 2019, en 13 mesadas al año de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: Costas en esta instancia a Cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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	: VÍCTOR HUGO PUERTA CHICA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2021-00021-01
RADICADO INTERNO	: 059-23
DECISIÓN	: ACLARA, REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 31 de marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 31 de marzo de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO