

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-------------------|---|
| DEMANDANTE | : MARIO ALBERTO CORREA MARTÍNEZ |
| DEMANDADO : | : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES |
| TIPO DE PROCESO | : ORDINARIO |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-009-2020-00460-01 |
| RADICADO INTERNO | : 093-23 |
| DECISIÓN | : ADICIONA, REVOCA PARCIALMENTE, ORDENA, Y CONFIRMA |
| ACTA NÚMERO | : 115 |

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 CONDENE a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, bonos, rendimientos, cuotas de administración debidamente indexados; que al momento del traslado de los dineros del demandante a Colpensiones, pague de su patrimonio los dineros que por concepto de los descuentos del art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 7 de la Ley 797 de 2003, que fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas, dineros que tenían como fin el pago del fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFIN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexados.

Se CONDENE a Colpensiones a recibir todos los conceptos anteriormente señalados, que traslade PORVENIR S.A. Se condene al pago de costas procesales.

Como supuestos facticos con los que sustenta sus pretensiones, narra que nació 19 de diciembre de 1955; cuando inició su vida laboral se afilió al ISS; el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media; lo trasladaron de régimen pensional hacia PORVENIR S.A, el 14 de septiembre de 1994, sin brindársele ningún tipo de información de las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional; la decisión del actor de trasladarse de régimen, no estuvo precedida de una asesoría completa, veraz, oportuna y suficiente que le permitiera visualizar las consecuencias de su traslado; en respuesta al derecho de petición elevado ante PORVENIR S.A., la entidad codemandada manifiesta que la asesoría al momento de vincularse fue verbal, sin que existiera soporte físico y le hizo entrega de la copia del formulario de afiliación y su anexo; Colpensiones respondió al derecho de petición elevado que no se registra información de afiliación efectuada; sostuvo que de acuerdo a la historia laboral de PORVENIR S.A aportada, al actor le resulta más favorable estar en el Régimen de Prima Media.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

PORVENIR S.A. en la contestación informa que no le consta la fecha de nacimiento del actor; la afiliación a Colpensiones; que ostente los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez; el derecho de petición elevado a Colpensiones. No son ciertos los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas de la demanda. y propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, la genérica (expediente digital 10).

Colpensiones en su contestación a la demanda acepta la fecha de nacimiento del actor y los derechos de petición elevados a PORVENIR S.A. y a Colpensiones. No le constan los demás hechos de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso como excepciones, las de improcedencia de la declaración de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación y/o vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por el demandante, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al rpm por falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la indexación a cargo de Colpensiones, indexación a cargo de la AFP del Régimen de Ahorro Individual, devolución de cuotas de administración

indexadas, prescripción, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, la genérica (expediente digital 12).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 21 de marzo de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el cambio pensional del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual que realizó el actor, en consecuencia, declaró que aquel ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media administrada por Colpensiones.

CONDENÓ a la PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes de la ejecutoria de dicha sentencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del accionante, con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses en los demás bonos pensionales si se hubieren redimido, conforme a sus propios recursos deberán trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguro. Al momento de cumplirse las órdenes, los conceptos deberán parecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC aportes y demás información relevante que lo justifique.

Le ORDENÓ a Colpensiones a recibir de la sociedad PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por el demandante al Régimen de Prima Media imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el Régimen de Ahorro Individual y de acuerdo al IBC en el que fueron pagados. Y condenó en costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. no impuso costas a cargo de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la orden de trasladar de los gastos de administración y demás emolumentos de forma indexada pues pese a existir precedente de la Corte Suprema de Justicia no se debe aplicar en forma objetiva y se debe analizar el caso concreto; que dado lo anterior no se puede ordenar el traslado de los gastos de administración conforme a lo establecido en el art 20 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Prima Media destina el 3% de las cotizaciones para administrar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia;

además, solicita se declare la prescripción de la devolución de los gastos de administración, prima de seguros o cualquier otro capital del afiliado y de sus rendimientos al no forman parte integral de la pensión de vejez; y en el año 2020 la Superintendencia Financiera consideró que al proceder la ineficacia solo se trasladan los aportes y rendimientos financieros, y no hay lugar a trasladar la comisión de administración ni la prima de seguros previsionales porque esta última se cumplió con el deber de cobertura por parte de la aseguradora; y frente a la indexación se opone conforme lo señaló el Tribunal Superior de Cali.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante solicita se confirme la sentencia con fundamento en las razones de hecho y de derecho que sirven de sustento al momento de resolver de fondo el presente litigio y se tener en consideración el valor probatorio que le fue otorgado a los documentos aportados con la demanda y el interrogatorio de parte absuelto por el actor.

El apoderado de la sociedad PORVENIR S.A. considera que no le asiste razón al A Quo, al no haberse acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento, al no haberse alegado ni probó ningunas de las causales previstas en los arts. 1741, 1508, 1513, 1515, 1517, y 1524 del CC, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Que si se pretende declarar la ineficacia del art. 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador; es decir, exige conductas dolosas que impidan o atenten la libre y voluntaria afiliación del posible afiliado, sin que se refiere a los dispuesto en los arts. 1740 y ss, y por el principio de inescindibilidad de las normas se impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto, y pese a esto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que será ineficaz el traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero se acude a las disposiciones civiles para establecer los efectos de la ineficacia y sin que se tenga en cuenta los presupuestos que esta norma establece para declarar la nulidad de un acto o contrato. Frente a la figura de la ineficacia, considera que el art. 899 Código del Comercio tampoco aplica en este asunto. Que en el presente proceso, ninguno de estos presupuestos legales se alegaron, ni se demostraron; que el formulario de afiliación suscrito es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del

CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, y contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, donde la selección fue libre, espontánea y sin presiones; que ese documento no fue tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo como se dispone en los arts 246 y 272 del CGP. Que, en caso de presentarse, como no existe objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los arts. 1742 y 1743 del CC por la ratificación tácita de la parte demandante. Que PORVENIR S.A., le garantizó el derecho de retracto, conforme la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como se dispuso en el art. 3º del Decreto 1161 de 1994, lo que debe valorarse como negligencia de su parte. Que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo confirmó al suscribir el formulario de afiliación. Que no se ajusta a la realidad la afirmación que la entidad no allegara pruebas del cumplimiento de sus deberes al momento de la vinculación, al haberse cumplido con la carga procesal al aportar los documentos que tenía su poder, para demostrar que la parte actora ha estado vinculada, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se demuestra con un documento que se presume auténtico, y con la conducta del afiliado que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado. Que la conducta de haber permitido el descuento del aporte con destino al fondo privado deben considerarse como “la verificación de la voluntad del afiliado” conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 47.236 de 2016. Que no se puede imponer cargas a Porvenir, distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante. Que se declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado, sin analizar en conjunto las pruebas y desconociendo el art. 1602 del CC. Resalta la diferencia que existe entre la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta y que en ese sentido no se pueden confundir. Que en el evento de considerarse que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, no puede olvidarse que el literal b) del art. 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, siendo ello lo que impide que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes, y por su parte el art 1746, establece que la regla general de la nulidad. Hace referencia a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional invocando la sentencia SL 1637 de 2002 y SL

2877 de 2020; frente al tema de las restituciones mutua invoca los arts 1746 y 964 del Código Civil.

Que en atención al principio de la congruencia de la sentencia (art. 281 del CGP), al no haberse discutido ni menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en el acto jurídico de traslado, no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es Colpensiones”, los rendimientos financieros generados por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS, ni se debe ordenar la devolución de las primas de seguros, porque el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Sustenta sus alegatos en la sentencia C 1024 de 2004.

En el evento de considerar que la falta al deber de información es una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero al no haberse alegado ni probado la mala fe y solo se debe trasladar a Colpensiones los rendimientos equivalentes a la tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el ISS. En caso de ordenar la totalidad de los rendimientos, solicita se autorice a PORVENIR S.A. a descontar las restituciones mutuas, representados en el reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir; pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos. Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el Régimen de Prima Media, esto es, el monto de los aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones), porque según el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

De condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, como sería el monto de los aportes y la rentabilidad Multifondos (RAIS), debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

Se opone a la indexación de la condena impuesta con sustento en la sentencia C 00161 de 2010 y SL 9316 de 2016, y teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, debe tenerse en cuenta que ese rubro sería excluyente con la indexación, tal y como se indicó por el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022, sentencia del Tribunal Superior de Cali del 25 de julio de 2022.

Y con fundamento en lo anterior solicita se revoque la sentencia en su integridad proferida y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

El apoderado de Colpensiones indica que es improcedente la declaratoria de la ineficacia por cuanto del documento suscrito por el accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagro en el art 2 de la ley 100 de 1993. Si bien el demandante inició cotizando al RPMPD, el mismo se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A y solo hasta ahora pretende devolverse para Colpensiones porque se dio cuenta que el RPMD le es más favorable para su pensión manifestando que fue inducido en error.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y que además con la ineficacia de estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Que además sin necesidad de efectuar un dictamen técnico al respecto, en el Régimen de Ahorro Individual se gravan los aportes de los afiliados con un porcentaje de administración, que no existe el Régimen de Prima Media; entonces por no ser equivalente, los aportes transferidos del RAIS al RPMPD, cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de

Seguros Previsionales y gastos de administración, se hagan de manera indexada, solicitando de esta forma se modifique la sentencia de primera instancia en este sentido.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en **apelación**: i) Si hay lugar a absolver a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones los rendimientos, gastos de administración y los seguros previsionales debidamente indexados.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a PORVENIR S.A. trasladar los gastos de administración, conformados por “... *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.*”, debidamente indexados con cargos a sus propios recursos; iii) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar los bonos pensionales.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 19 de diciembre de 1955 (fl. 29 del expediente digital 02); laboró para la Dirección Seccional de Salud de Antioquia del 31 de diciembre de 1984 al 25 de agosto de 1987 y para el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forense del 1º de marzo de 1990 al 30 de septiembre de 1994 según la historia laboral consolidada de PORVENIR S.A. visible a fl. 31); solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 14 de septiembre de 1994, advirtiéndose que en el formulario de afiliación reposa que el demandante se trasladaba de Cajanal (fl. 78 del expediente digital 10).

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 se encuentra laborando para el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forense; antes del traslado no se acercó al ISS para solicitar información de su traslado porque para el momento del traslado él laboraba para el Instituto Nacional de Medicina Legal y como era una dependencia del Ministerio de Justicia, hacían parte de Cajanal; el motivo del traslado es porque está en edad de pensionarse, PORVENIR S.A. le hizo la proyección de la

pensión y le dijeron que la pensión iba a ser de \$2.000.000 o \$2.500.000 y en Colpensiones según los compañeros de trabajo afiliados a Colpensiones decían que su pensión era más alta; cuando se afilió a PORVENIR S.A. en 1994 porque Cajanal estaba sufriendo dificultades económicas y se decía que la iban a liquidar en salud y pensiones, veía el futuro con Cajanal incierto y en 1994 se dieron los cambios y entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se crearon los fondos privados de pensiones y en el trabajo lo visitaron de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., les dieron a conocer las ventajas que tendrían, les dijeron que tenían más garantías y era mejor la pensión en un fondo privado que en el ISS, que el ISS posiblemente correría la misma suerte de Cajanal; por la inexperiencia en esos temas, le pareció beneficioso trasladarse y además porque eran especialistas, tenían un buen salario y como podía trabajar particular él se vinculó como docente de catedra en la U de A lo cual le generaba mayor aporte y le dijeron que él tener buenos ingresos mensuales le favorecería en la pensión obligatoria y si hacía aportes voluntarios le daría un buen capital; les dijeron que no tenían límite de edad y se podían pensionar a la edad que quisieran si tenían un buen capital; les decían que se podían pensionar si tenían el 110% de un salario mínimo y para tener una mejor pensión podía hacer aportes voluntarios; les hablaron de la cuenta de ahorro individual en el fondo privado y el fondo común del ISS; les decían que entre mejor fuera el salario les convenía estar en el fondo privado, y con los fondos privados tenían ventajas porque les hacían rifas y les enviaban los extractos puntualmente a diferencia de los que estaban en el ISS que no les hacían rifas y les tocaba hacer filas; en las charlas que les daban les hablaban del sistema pensional de Chile y España y en 1994 se enteraba que el sistema pensional en esos países funcionaba muy bien pero en el año 2000 se enteró que en esos países las personas estaban inconformes.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

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

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

Este deber profesional que existe desde 1994 permite al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL

12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

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

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aun operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PORVENIR S.A., 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 tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A. aporte consulta de viabilidad, historial de vinculación, formulario de afiliación, comunicados de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020, relación histórica de movimientos, relación de aportes, historia laboral consolidada, respuesta a solicitud, historia válida para bono, certificado de afiliación (expediente digital 10), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; y la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del accionante.

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:

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).”

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 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.

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:

- ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, conformados por “... 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.”, debidamente indexados con cargos a sus propios recursos.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 62 años, ellos es, para el **19 de diciembre de 2017** al haber nacido el 19 de diciembre de 1955, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se REVOCARÁ, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PORVENIR S.A. por no prosperar el recurso de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENARLE** a la sociedad PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, conformados por “... *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.*”, debidamente indexados con cargos a sus propios recursos.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a PORVENIR S.A. que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-009-2020-00460-01
Radicado Interno 093-23

del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín.

CUARTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PORVENIR S.A. por no prosperar el recurso de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA 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 | : MARIO ALBERTO CORREA MARTÍNEZ |
| DEMANDADO : | : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES |
| TIPO DE PROCESO | : ORDINARIO |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-009-2020-00460-01 |
| RADICADO INTERNO | : 093-23 |
| DECISIÓN | : ADICIONA, REVOCA PARCIALMENTE, ORDENA, Y CONFIRMA |

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 23 de mayo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 23 de mayo de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO