

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

DEMANDANTE	: MARTA LILIANA TORO MUÑOZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2020-00284-01
RADICADO INTERNO	: 120-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 153

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

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

De conformidad con el poder general otorgado por el Dr. JAVIER EDUARDO GUZMÁN SILVA (en calidad de representante legal suplente de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad MUÑOZ Y ESCURECÍAS SAS; y la sustitución del poder emitido por la Dra. ELIANA MORENO PEDROZA (en calidad de representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCURECÍAS SAS) a la Dra. MARÍA JOSÉ OTERO MARTÍNEZ, para que represente los intereses de la sociedad en mención, por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se les reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE la ineficacia del traslado, dejando sin efectos la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizada a través de los fondos demandados, y se disponga el regreso automático a Colpensiones debido a la información parcializada que suministraron los fondos privados.

Se le ORDENE a la sociedad PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones a todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales o sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieran causado, incluida la comisión de administración y demás sumas que disponga el despacho.

Se le ORDENE a la sociedad PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones a la comisión de administración que haya descontado durante el tiempo de permanencia en el fondo ING hoy absorbido por dicha entidad, y demás sumas que disponga el despacho.

Se le ORDENE a Colpensiones reciba dichos aportes y autorice el regreso de la demandante al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad. Se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento fáctico de las pretensiones indicó que, estuvo afiliada al ISS desde el 1º de diciembre de 1983, donde cotizó 680 semanas; se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a partir del mes de noviembre de 1997 a la sociedad PORVENIR S.A.; en julio de 1999 se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. y regresó a PORVENIR S.A. en octubre de 2001; los asesores de los fondos privados, no le informaron la diferencia de los regímenes pensionales, las modalidades de la pensión, la pensión anticipada ni voluntaria, no le hicieron cuadros comparativos y dicha desinformación lo hizo incurrir en error para suscribir los formularios de afiliación; la demandante se enteró por los medios de comunicación que el Régimen de Ahorro Individual no era tan beneficioso y le solicitó a PORVENIR S.A. asesoría, la cual en la proyección pensional del 14 de agosto de 2020 señala que a los 57 años recibiría una mesada pensional de \$1.595.000; al realizar la proyección de la pensión en el Régimen de Prima Media el IBL sería de \$3.604.939 con una tasa de 66.5% que generaría una mesada de \$2.397.285; la demandante le solicitó a Colpensiones el 3 de noviembre de 2020, el traslado de régimen, la cual fue negada por estar a 10 años o menos de pensionarse; la demandante no conocía la restricción invocada por Colpensiones para trasladarse.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La sociedad PROTECCIÓN S.A al contestar la demanda informó que es cierta la afiliación a Régimen de Prima Media conforme el formulario de

afiliación a DAVIVIR. No le consta la afiliación al ISS; la proyección realizada por PORVENIR S.A.; la proyección de la pensión en el Régimen de Prima; la solicitud elevada a Colpensiones y la respuesta de dicha entidad; el agotamiento de la reclamación administrativa. Niega que sean ciertos los demás hechos. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Propuso excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS (expediente digital 07).

La accionada PORVENIR S.A. al dar respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda. En relación a los hechos de la demanda señaló que no le consta la afiliación al ISS; la proyección de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media; la solicitud de traslado elevada a Colpensiones el 3 de noviembre de 2020 y la respuesta dada por dicha entidad. No son ciertos los demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación (expediente digital 09).

Finalmente, Colpensiones dio respuesta manifestando que es cierto que el demandante realizó varios traslados ente administradoras del Régimen de Ahorro Individual. No le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de imposibilidad de traslado de régimen; improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, devolución de cuotas de administración, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, equivalencia del ahorro, imposibilidad de condena en costas (expediente digital 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 17 de abril de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante que hizo del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual administrado PORVENIR S.A. y que realizó el 4

de octubre de 1997; quedan inválidas las afiliaciones realizadas entre las AFP del Régimen de Ahorro Individual, ello es, PORVENIR S.A. a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 1º de julio de 1999 y de ING a PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 2001, en consecuencia queda incólume la afiliación a Colpensiones sin solución de continuidad.

Le ORDENÓ a la sociedad PORVENIR S.A. que en virtud de la declaración de la ineficacia, retorne a Colpensiones a su satisfacción y equivalencia, en el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual y que hubiera recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros en su totalidad, retornar a Colpensiones en las mismas condiciones los gastos de administración, los pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo al propio patrimonio de la entidad; deberán acompañarse con los detalles documentales que registren con exactitud los ciclos, aportes y demás documentación importante para Colpensiones.

Le ORDENÓ a las sociedades PROTECCIÓN S.A. antes ING PENSIONES Y CESANTÍAS, remitan a la Colpensiones en el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de dicha sentencia, los gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro y los pagos destinados a la conformación del capital pensión garantía mínima, debidamente indexados desde la fecha de afiliación hasta el momento del pago y en el tiempo en el que existió afiliación de la demandante que lo fue entre el 1º de julio de 1999 al 30 de septiembre de 2001, serán recibidos a satisfacción y equivalencia por Colpensiones. Se acompañará la documentación de soporte.

Le ORDENÓ a Colpensiones para que dé continuidad a la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media, que recupera, conservando los beneficios que la acobijan, brindando todas las garantías de la afiliación, involucrando en el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad los valores y aportes provenientes del Régimen de Ahorro Individual.

MEDICA CAUTELAR: impuso a Colpensiones, que por ningún motivo niegue el reconocimiento pensional aduciendo que no ha recibido a satisfacción y equivalencia, los valores o documentos provenientes del Régimen de Ahorro

Individual. Condenó en costas a PORVENIR S.A.. Sin condena en costas ni a favor ni en contra de Colpensiones ni de PROTECCIÓN S.A.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la orden dada a la entidad de trasladar los conceptos establecidos en el numeral 2º de la parte resolutive, y en su lugar solicita la absolución, aduciendo que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 autoriza a las AFP a realizar los descuentos tendientes a cubrir los conceptos de cuotas de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros y el literal b) del art. 113 ibidem, determina los dineros que se deben trasladar cuando hay cambio de régimen, que corresponde al saldo de la cuenta y los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a la señalada en la norma dado que no están llamadas a financiar la prestación del afiliado y su condena configura un enriquecimiento sin causa en favor de la afiliada, Colpensiones y del estado que va en detrimento de PORVENIR S.A.; asegura que ordenar el reintegro de los gastos de administración y primas de seguros es hacer la ficción de ordenarle a una compañía de seguros que al no presentarse el siniestro, devuelva el valor de la póliza contratada.

Y considera improcedente el reconocimiento de la indexación, conforme sentencia del 13 de mayo de 2010 y sentencia SL 9316 de 2016; sostiene que dentro de las obligaciones de la AFP, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados al régimen privado, resultando incompatible la indexación pues la cuenta de la demandante no se ha visto afectada por la inflación y por el contrario ha generado rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida por el legislador.

En caso de no acoger lo anterior, solicita sea aceptadas las restituciones mutuas, y a título de compensación se ordene a PORVENIR S.A. de los rendimientos financieros, efectuar los descuentos respectivos que fueron ordenados en la sentencia.

Invoca las sentencias proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, radicado 05-2022-562 y 05-12-2022-234 relativas a la indexación.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia parcialmente, en lo relativo a la orden que se le dio a la entidad de retornar sumas de reaseguro,

por considerar que esas sumas no existen en los cobros realizados por la accionada a la demandante, en tanto que el reaseguro es un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora cedente pasa a ser aseguradora de otra entidad, y se estaría en una figura distinta a la establecida en el art. 20 de Ley 100 de 1993 en donde se fija que ambos regímenes, el 3% del IBC de los afiliados al sistema general de pensiones, se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, en tanto este concepto de reaseguro en ningún momento, la AFP realizó la deducción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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 viciada 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 (esto fue adicionado), 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.

En relación a la carga de la prueba, consideró 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 e invocó la sentencia SL 1637 de 2022. Y frente al análisis de la carga de la prueba, sostiene que en primera instancia 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. Que en caso de ordenarse el traslado de conceptos diferentes a los del art. 113 de la Ley 100 de 1993, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico como lo es Colpensiones.

Como recuento de la línea jurisprudencial de la ineficacia del traslado, trae a colación apartes de las sentencias SL 1637 de 2022 y SL 2877 de 2020.

Por su parte, en lo que respecta a la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, con sustento en el arts. 964 y 1746 del Código Civil. Que en atención al principio de la congruencia de la sentencia Art. 281 del CGP, al no haberse discutido ni probado la mala fe de PORVENIR S.A., 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 adelantada. No se debe trasladar las primas de seguros porque el afiliado estuvo protegido; y como argumento para no acceder a las pretensiones de la demanda indicó que era la sentencia C 1024 de 2004.

En caso de ser confirmada la sentencia, aduce que en aplicación del principio de la congruencia, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS al no ser alegados ni probada la mala fe, y solo debería trasladar PORVENIR S.A., los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el ISS).

Pero si la orden es reintegrar la totalidad de los rendimientos, solicita sea autorizada PORVENIR S.A a descontar de dicho concepto, las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que la accionada realizó gestiones a favor del afiliado que le generó rendimientos; condenar al traslado de aportes con rendimientos, se debe aplicar la figura de las restituciones mutuas sin que se deba condenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración y de seguros.

Con fundamento en las sentencias C 00161 de 2010, SL 9316 de 2016 y sentencias de los Tribunales Superiores de Cundinamarca y Cali, solicita no se condene a la indemnización de las sumas. Además que dicha orden impone una doble sanción.

La apoderada de Colpensiones solicita sea revocada la sentencia, al analizar, que con la demanda no se aportó documento en el que se pruebe el vicio del conocimiento y asentimiento de la afiliado respecto del traslado; que la carga dinámica e inversión de la prueba, exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal, y en ese sentido quien alega es quien debe probar (sentencia C 086 de 2016); que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones; que no pueden desconocerse las situaciones específicas de cada caso y que de alguna manera le permitían a la demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo; en relación al trámite dado en primera instancia, resalta que no existió vicio en el consentimiento a la demandante a cambiarse de régimen, por lo que dicho traslado fue voluntario, por lo que le corresponde a los jueces corroborar si la parte accionante tiene derecho a retornar al Régimen de Prima Media, toda vez que con los presupuestos facticos se tiene que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria , y realizó actos que convalidan su permanencia, según sentencia SL 413-2018 ; considera que es la demandante quien debe probar la mala fe de afiliarla con temeridad, engaño y cualquier tipo de acciones contrarias a una adecuada aceptación.

Asegura que al momento de la afiliación al RAIS, en la AFP recaían obligaciones y deberes establecidos en el Decreto 663 de 1993 y el incumplimiento recayó en las AFP y no en el ISS. Lo anterior lo sustenta con sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, en el proceso 66001310500120170008501 y sentencia T 489 de 2010.

Concluye diciendo que Colpensiones como entidad de derecho público, no incumplió ningún mandato constitucional, legal o reglamentario y por el contrario permitió el libre tránsito de afiliados entre regímenes pensionales; el traslado de la demandante fue voluntario; e invoca la sentencia C 1024 de 2004.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **de los recursos de apelación:** i) Si hay lugar revocar la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar los conceptos de cuotas de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros debidamente indexados; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar el reaseguro.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar; i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos por los “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados. iii) Si hay lugar revocar la medida cautelar impuesta a Colpensiones.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 6 de marzo de 1965 (fl. 13 del expediente digital 01); cotizó a Colpensiones desde el 1º de diciembre de 1983 hasta 1997 según la historia laboral de PORVENIR S.A. (fls. 15); solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 4 de octubre de 1997, posteriormente solicitó traslado a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 1º de julio de 1999 y finalmente a PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 2001 según el historial de vinculaciones al SIAF aportado por PORVENIR S.A. a fl. 56 del expediente digital 09.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que en la actualidad es asesora comercial y cotiza a PORVENIR S.A.; el traslado a PORVENIR S.A. se dio porque la asesora le propuso trasladarse, le dijo que era lo mismo el ISS que PORVENIR S.A. y la diferencia era que la demandante podría retirar lo que tuviera cotizado o que los parientes podían heredar y por esa diferencia se trasladó; no recuerda que la asesora le explicara los requisitos para retirar lo cotizado; la asesora no le explicó que iba a tener una cuenta individual a su nombre, no le habló de rendimientos financieros, ni del derecho al retracto; la asesora no le explicó para qué se consignaba en el formulario a los beneficiarios; en relación al traslado a ING y haber retornado a PORVENIR S.A. en el año 2001 dijo que no recuerda haberla realizado; su motivación para retornar al Régimen de Prima Media al ver la diferencia de la pensión que paga PORVENIR S.A. y Colpensiones; conoce la proyección de su mesada pensional en PORVENIR S.A. porque dos años atrás le informaron que si se pensionaba en ese momento la mesada era de \$1.350.000 aproximadamente y ese valor subiría, y a los 60 años la mesada sería de \$2.100.000 y en Colpensiones sería al doble; no recuerda nada del traslado de PORVENIR S.A. a DAVIVIR.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

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

(Resalto fuera del texto)

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

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

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

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

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

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PORVENIR S.A. (entidad que realizó 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 a dicho fondo de pensiones, 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 historial de vinculaciones SIAF, formulario de afiliación del 4 de octubre de 1997 y del 31 de agosto de 2001, comunicados de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral consolidada, relación de aportes (expediente digital 09), 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 de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado PORVENIR S.A. y la invalidez de las afiliaciones

realizadas entre las AFP del Régimen de Ahorro Individual; así mismo , la orden dada a la sociedad PORVENIR S.A. de trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros en su totalidad, los pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo al propio patrimonio de la entidad. Y en igual sentido, confirmar la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los gastos de administración debidamente indexados.

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:

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).”

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.

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 Média. 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 lo que respecta a la solicitud de la sociedad PROTECCIÓN S.A., de revocar al orden de trasladar los reaseguros, aduciendo que los mismos no fueron descontados. Encuentra la Sala que en la sentencia de primera instancia se ordenó a la sociedad en mención, remitir a Colpensiones los gastos de administración, pagos de seguro y **reaseguro** y los pagos destinados a la conformación del capital pensión garantía mínima, debidamente indexados. En ese sentido, se entiende que la orden de trasladar el reaseguro corresponde a la “prima de reaseguro de Fogafín” del que hace referencia el art. 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales se encuentran incluidos dentro del 3% de la cotización.

En ese orden de ideas, y luego de hacerse dicha claridad, considera la Sala que se hace necesario:

- ADICIONAR la sentencia ORDENÁNDOLE a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración 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 indexados, por el tiempo que la accionante realizó aportes en cada uno de los fondos.

3. De la indexación ordenada

Frente a la oposición presenta por PORVENIR S.A., a la indexación ordenada, dado que la cuenta de ahorro individual de la demandante ha generado 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.

4. Frente a la medida cautelar impuesta a Colpensiones

De la sentencia de primera instancia se extrae, la imposición de “MEDICA CAUTELAR” a Colpensiones, de que por ningún motivo se puede negar al reconocimiento pensional aduciendo que no ha recibido a satisfacción y equivalencia, los valores o documentos provenientes del Régimen de Ahorro Individual.

Respecto a la figura de la medida cautelar, el artículo 85A del CPT y SS modificado por el artículo 37-A de la Ley 712 de 2001, la define como “Cuando el demandado, en proceso ordinario, efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, podrá

imponerle caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente proceso entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar. (...)", siendo su uso práctico, el mecanismo por medio del cual se asegura el resultado de una decisión judicial.

Siendo así las cosas, la denominada medida cautelar impuesta en primera instancia, se trata de una ADVERTENCIA realizada a Colpensiones al momento del reconocimiento de la pensión de vejez pero no, de una medida cautelar, toda vez que en ningún momento se encuentra demostrado los actos de Colpensiones tendientes a insolventarse y mucho menos impuso una causación a efectos de garantizar el derecho de la parte demandante.

Así las cosas, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia, toda vez que el trámite del traslado de los dineros que deben hacer los fondos de pensiones PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a Colpensiones, se trata de un tema netamente administrativo que no pueden entrar a afectar a los afiliados; adicionalmente, considera la Sala que el término dado por el Juzgado a los fondos privados de 30 días hábiles, genera que Colpensiones pueda adecuar la historia laboral del actor y en el evento que se haya solicitado la pensión de vejez, pueda liquidarla.

Igualmente se debe decir, que con la ADVERTENCIA dada en primera instancia, no se vulnera la sostenibilidad financiera, sino que por el contrario se protege, pues recuérdese que con la declaración de la ineficacia la cosas vuelven al estado en que se encontraban.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las codemandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por no prosperar los recursos de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración 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 indexados, por el tiempo que la accionante realizó aportes en cada uno de los fondos, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las codemandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por no prosperar los recursos de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



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	: MARTA LILIANA TORO MUÑOZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2020-00284-01
RADICADO INTERNO	: 120-23
DECISIÓN	: 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 31 de mayo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 31 de mayo de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO