

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE : JESÚS ANÍBAL JARAMILLO BETANCUR
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-088-31-05-002-2022-00358-01
RADICADO INTERNO : 085-22
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA, REVOCA PARCIALMENTE Y
CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 099

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 la sustitución del poder que se allega al correo electrónico, por parte de la Dra. VICTORIA ANGÉLICA FOLLECO ERASO (en calidad de representante legal de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECTS SAS), se reconoce personería jurídica para representar los intereses de Colpensiones, al Dr. JAIME JOSÉ DURÁN SIERRA. Por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia, inexistencia o nulidad de la Afiliación y del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A, por haberse obtenido de forma engañosa, sin la debida información, sin la adecuada asesoría y no obstante en detrimento de unas mejores posibilidades pensionales, pues la parte demandante fue persuadido a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual y no se le saco del error, por tanto, dicho traslado, afiliación, o

afiliaciones se derivan en ineficaces o nulas; se declare que el actor siempre estuvo y actualmente sigue vinculado al Régimen de Prima Media en calidad de afiliado.

Se le ORDENE a PORVENIR S.A a trasladar a Colpensiones, el saldo del capital de la cuenta de ahorro individual, los incrementos, réditos, intereses, rendimientos, comisiones y eventualmente de ser el caso, el valor de los bonos pensionales, sin ningún tipo de deducción por conceptos de gastos, cuotas y costos de administración y seguros previsionales, que a ello se le condene.

Se CONDENE a las codemandadas en forma solidaria, separada o conjunta al pago de las costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 22 de septiembre de 1961; actualmente pertenece al Régimen de Ahorro Individual; el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones; la accionada PORVENIR S.A, le explicó los beneficios de dicho régimen pensional y nunca se le explicó las consecuencias del traslado. El interés del actor es pensionarse y obtener una mesada pensional alta y cercana al promedio salarial, contrario a lo que le ofrecen en el RAIS, según la proyección de pensional que asciende a un salario mínimo pues para el año 2023 al cumplir los 62 años de edad, la accionada PORVENIR S.A proyecta una mesada de \$1.019.700, y con base en los dos salarios mínimos que el actor cotiza, en el Régimen de Prima Media su mesada pensional sería mejor que en el RAIS. El 8 de agosto de 2022 elevó solicitud a Colpensiones de cambio de régimen pensional o nulidad del traslado, la cual fue negada por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse.

CONTESTACIONES A LA DEMANDA

Colpensiones en su contestación indicó que no le consta que el demandante tenga interés en pensionarse con mesada alta, pro ser un hecho ajeno a su representada. Las afirmaciones relativas a la información que le brindó PORVENIR S.A y la falta de información clara y veraz considera que no son hechos. Los demás hechos de la demanda los acepta como ciertos. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de aspectos legales y financieros que impiden el retorno del demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y/o

caducidad imposibilidad de condena en costas, innominada, condena en costas (expediente digital 05).

Y la sociedad PORVENIR S.A se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda. En relación a los hechos de la demanda dijo que no es cierto lo manifestado frente a la información que le brindó PORVENIR S.A y la falta de información clara y veraz. Cierta la afiliación del actor a PORVENIR S.A el 1º de junio de 1997. No le constan los demás hechos de la demanda. Prepone las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas (expediente digital 06).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 19 de junio de 2021, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuada por el demandante a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A.

Le ORDENÓ a PORVENIR SA, efectuar el traslado de la totalidad de los aportes contenidos en la cuenta individual del demandante, con sus respectivos rendimientos, así como todos los valores que hubiere recibido PORVENIR S.A., con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado, porcentaje correspondiente a los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, debiendo discriminar los anteriores conceptos y valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información que justifique los mismos, ante Colpensiones, entidad que deberá recibir estos dineros indicados e imputarlos a semanas efectivamente cotizadas.

Le ORDENÓ a la Colpensiones, reactivar la afiliación dl demandante, recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones. Condenó en costas procesales a la sociedad PORVENIR SA, a favor de actor.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, solicita se revoque la sentencia en lo referente a los valores que se deben retornar a Colpensiones, porque con base en el art 13 de la Ley 100 de 1993 los únicos

valores a retornar corresponden a los rendimientos y aportes, sin que se pueda ordenar traslado de gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, porque el primero de ellos también se presenta en el Régimen de Prima Media en caso de haber estado afiliado en dicha entidad y en este evento el demandante perteneció al Régimen de Ahorro Individual y la administración fue realizada por su representada, por lo que se genera un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones; además, se debe aplicar la prescripción pues tratan de obligaciones de tracto sucesivo que no financian la mesada pensional.

Y frente a los seguros previsionales considera que se brindó la cobertura de las contingencias de invalidez y sobrevivencia y se trasladaron los valores a las aseguradoras contratadas y dichos conceptos no están en manos de la accionada y se actuó con terceros que recibieron dichos conceptos; estas sumas tampoco financian la mesada pensional.

Finalmente apela la indexación ordenada porque en la vinculación del demandante, la entidad administró la cuenta de ahorro individual, recibió más de \$65.000.000 por rendimientos, además de que el demandante cuenta con las sumas actualizadas a la fecha y se genera una doble condena porque los valores actualizados se debe generar una indexación que con los rendimientos generados superan la devaluación. Los rendimientos son superiores a los aportes. Sustenta su recurso en sentencia del Tribunal de Cundinamarca.

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 refiera 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 párrafo 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 traslada PORVENIR SA., 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.

El apoderado de Colpensiones en sus alegatos solicita sea confirmada la sentencia absolutoria aduciendo que el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a 10 años o menos, de la edad mínima pensional, sólo se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones, según las sentencias C 789 de 2002, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013; que acceder a la ineficacia de traslado por razones diferentes, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema y el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. En ese sentido, como el demandante cuenta con 60 años de edad y para el año 2023 acredita los requisitos de semanas y edad, la finalidad del accionante es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen de Prima Media, sin haber realizado aportes al régimen público por 30 años, poniendo en riesgo la capitalización del sistema y la intangibilidad de los recursos públicos.

En caso de considerarse que pueda operar una excepción a la relatividad de los contratos, derivada de la sanción que se puede colegir de la Ley 100 de 1993, por causa de quienes eventualmente trasgredan la libertad de afiliación, considera que, en este evento, el demandante es una persona plenamente capaz y del acto de afiliación no se observan vicios del consentimiento; además, el traslado se realizó con la normatividad vigente y el formulario estuvo ajustado al art. 11 el Decreto 692 de 1994.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **del recurso de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar los gastos de administración y el seguro previsional indexado.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar el bono pensional; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados.

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 22 de septiembre de 1961 (fl. 15); cotizó al ISS desde el 19 de diciembre de 1991 al 30 de octubre de 1996 (fl. 17 expediente digital 01); solicitó traslado a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 1 de marzo de 1995 (fl. 54 expediente digital 06) y finalmente solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 10 de abril de 1997 (fl 53 del expediente digital 06).

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 afilió a HORIZONTES S.A. porque estaba trabajando y llegaron asesores de ese fondo de pensiones y le dijeron que era posible pasarse de Colpensiones a HORIZONTES nada más; no le dijeron que pasaba con las semanas cotizadas la ISS; no se sintió presionado para realizar esa vinculación; no leyó el formulario de afiliación, solo le preguntaban él contestaba y lo firmó el documento; no le explicaron los requisitos para pensionarse en ese fondo; no sabe que sucede con los aportes realizados en caso de él fallecer; no conoció la existencia de la Ley 100 de 1993; no conocía que recibía rendimientos; adelanta este proceso por la pensión porque con Colpensiones recibe más pensión que con PORVENIR S.A.; decide trasladarse de régimen porque lo aconsejaron sus hermanos, el asesor de HORIZONTES no le informó que se podía pensionar anticipadamente; no sabe que podía realizar aportes voluntarios a PORVENIR S.A..

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 Régimen de Ahorro Individual, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se 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 la historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación a PORVENIR S.A., formularios de afiliación a HORIZONTES y PORVENIR S.A.; extracto de pensión obligatoria; relación de aportes; proyección mesada pensional; comunicados de prensa; concepto de la Superintendencia Financiera 2019152169-003-000 (expediente digital 06), 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.**

De colofón habrá que señalar, que la sentencia C 1024 de 2004, indicada por el apoderado de Colpensiones, cuya norma acusada es de la Ley 797 de 2003, hace referencia a que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta ser inadecuada para este proceso, además de sacarla del contexto en que la Corte Constitucional hizo el análisis, por cuanto el presupuesto fáctico para dicha aplicación razonable es que se hubiere entregado por parte de la AFP al usuario de la seguridad social, la información correcta al momento de la suscripción del formulario

de afiliación o traslado, para el haber tomado una decisión informada y por ello no se aplica la nulidad, ni la inexistencia del acto jurídico, sino la ineficacia del mismo.

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, efectuada por el demandante a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A.; y la orden de trasladar a Colpensiones los aportes contenidos en la cuenta individual del demandante, rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, realizando la discriminación de los conceptos.

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*

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

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.

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 relación a la absolución de la indexación, por considerar PORVENIR S.A. que se realiza una doble condena, dado que se están trasladando los rendimientos financieros, esta Sala es de la posición que se tratan de conceptos totalmente diferentes, toda vez que los rendimientos financieros se generan por las inversiones realizadas por el fondo, en un período establecido, y dichos rendimientos pueden presentar una desvalorización en su rentabilidad en virtud de la volatilidad del mercado, lo que puede generar afectación las cuentas de ahorro individual individuales, por lo tanto, al tener derecho al

traslado, éstos conceptos deberán ser actualizado al momento del pago, y así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sus precedente jurisprudencial, tal y como son las sentencias SL 1688, SL 1689 de 2019, SL 782, SL 1187 y SL 1197 de 2021.

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

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PORVENIR S.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 y con cargo 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 **22 de septiembre de 2023** al haber nacido el 22 de septiembre de 1961, 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 la accionada PORVENIR S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación presentado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a la sociedad PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada a la sociedad PORVENIR S.A., 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 del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación

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

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bello, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la sentencia 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

Radicado Único Nacional 05-088-31-05-002-2022-00358-01
Radicado Interno 085-23



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	: JESÚS ANÍBAL JARAMILLO BETANCUR
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-088-31-05-002-2019-00240-01
RADICADO INTERNO	: 085-22
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA, REVOCA PARCIALMENTE 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 09 de mayo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 09 de mayo de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO