

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A, Y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-013-2022-00275-01
RADICADO INTERNO	: 243-23
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 244

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 y el grado de consulta a favor de Colpensiones, 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 como pretensiones principales se DECLARE la ineficacia de la afiliación y vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad tanto a Colfondos S.A, como a Porvenir S.A, por falta de información, obligación de resultado que no se cumplió, por falsas expectativas, por inducción en error, por estafa, mala fe en la celebración de contratos, información falsa, inexistencia del deber de buen consejo, y como consecuencia, se CONDENE a Colpensiones como administrador del régimen de prima media a reactivar la afiliación y vinculación del demandante sin solución de continuidad por el tiempo de cotización al sistema general de pensiones autorizando su regreso y se CONDENE a Porvenir S.A y a Colfondos S.A a trasladar los aportes realizados a Colpensiones junto con la

rentabilidad, bonos pensionales y los porcentajes de administración debidamente indexados. Como consecuencia de lo anterior se solicita se CONDENE a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez junto con las mesadas adicionales si para la fecha de la sentencia ya tiene los requisitos, esto es, edad y semanas cotizadas, y si hubiese mora en el reconocimiento y pago de la pensión se condene a los intereses moratorios, solicitando además de condene en costas a las demandadas.

Como pretensiones subsidiarias solicita las mismas mencionadas con anterioridad, pero bajo la figura de la nulidad de la afiliación al RAIS, y en caso de no salir avante ninguna de las anteriores solicita se declare que la afiliación y vinculación al régimen de ahorro individual le generó perjuicios morales y materiales y se declare que con Colfondos S.A y Porvenir S.A son responsables por los mismos, y por lo tanto se debe ORDENAR a Colpensiones a elaborar el cálculo actuarial correspondiente al valor de los aportes en pensiones que hizo el afiliado a Porvenir S.A para establecer en caso que fuera afiliado a Colpensiones, que pensión mensual disfrutaría y se ordene a Porvenir S.A elaborar cálculo actual correspondiente al valor de los aportes en pensiones que hizo el afiliado a dicha sociedad para establecer cuál va a ser su monto de la pensión que devengaría en Porvenir.

Como consecuencia de lo anterior solicita se CONDENE a Colfondos S.A y a Porvenir S.A de manera conjunta, separada, o solidaria a pagar a título de perjuicios morales subjetivos la suma de 200 salarios mínimos, a título de perjuicios morales objetivados la suma de 200 salarios mínimos, y a título de perjuicios materiales en su especie y lucro cesante futuro el producto que se obtenga de restar el valor mensual de la mesada pensional que se tendría de Colpensiones, menos el valor mensual de la pensión que obtendría en Porvenir S.A multiplicado por el número de meses que esté con vida, pagadero los tres primeros días hábiles de cada mes, a los intereses moratorios que se causen por la mora en el pago y las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 9 de julio de 1970, por lo que cuenta con 61 años de edad a la presentación de la demanda, ha laborado en gran parte de su vida como empleado, no es abogado ni contador, no tiene conocimiento de temas de regímenes pensionales, laboró para diferentes

empresas privadas y fue afiliado inicialmente al Instituto de Seguros Sociales durante el cual cotizó 457 semanas desde el 19 de febrero de 1985, qué tiempo después de haber ingresado a laborar en Industrias v8 limitada escuchó de muchos compañeros de trabajo, amigos y familiares, y además vio pautas publicitarias de fondos privados prometiendo cosas por lo que decidió cambiar de fondo de pensiones en el que se encontraba para COLFONDOS SA donde le fue entregado un formulario de afiliación para que fuera llenado suscribiendo el mismo con la solicitud de vinculación inicial, y precisó que para el mes de julio de 1994 empezó a realizar aportes por medio de su empleador al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos y que en dicho fondo tiene 106 semanas cotizadas.

Que al momento del traslado se le Indicó que en dicha administradora se podía pensionar a la edad que eligiera, que la mesada pensional iba a ser más alta que en el seguro social, que el régimen de prima media se iba a acabar y que por ello podía perder sus aportes sino se trasladaba pero nunca le informaron las consecuencias de traslado, ni que su mesada pensional sería equivalente al salario mínimo, que además no le informaron las ventajas del traslado, ni las diferencias de los regímenes, nunca le aclararon en qué condiciones y cuál era el valor de la pensión, nunca le realizaron un cálculo o una simulación faltando así la entidad al deber de información que le impone la ley, y en síntesis indicó que no le explicaron ni le dieron a conocer las consecuencias adversas del traslado.

Luego indica que por Derecho de Petición con fecha del 25 de enero de 2022 solicitó a Colfondos S.A el formulario, información y documentos relacionados con la vinculación de mi poderdante, además se pretendió se declarara la ineficacia o anulara la vinculación de mi abroquelado por falta de información; pero lo peticionado fue atendido muy a medias, poca fue la atención proporcionada y se negó la declaratoria de ineficacia o nulidad.

Que el 25 de mayo de 1995 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A empezando a realizar aportes a dicho fondo a partir del mes de julio de 1996 a través de su empleador y que en el mismo tiene más de 1.087 semanas cotizadas, manifiesta igualmente que tampoco le dieron a conocer al momento de dicho traslado la información debida acerca del mismo ni se le dieron a

conocer las consecuencias adversas del traslado por parte de ninguno de los fondos a los que se trasladó.

Que el 03 de febrero de 2022 solicitó a Colpensiones derecho de petición como reclamación Administrativa Laboral solicitando información, documentos y se declarara la ineficacia del traslado, pero la Entidad se negó declarar la ineficacia, y en lo demás atendió lo peticionado solo en parte.

Por último indica que no tiene casa propia por lo que se encuentra en pobreza extrema según el Dane, paga \$460,000 de arriendo, más servicios públicos, alimentación, elementos de aseo, y frente a los perjuicios sufridos indica que en la actualidad se encuentra en un estado anímico deplorable, no duerme, no come por la situación de haber sido engañado por los fondos privados, lo que le ha traído perjuicios morales constantes que consisten en la congoja, el dolor, la tristeza de llegar a la tercera edad totalmente desprotegido y sin una pensión en condiciones dignas acorde a su calidad de vida.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando frente a todos los hechos relacionados con el inicio de su vida laboral y la afiliación a Colfondos, y de la situación actual del actor, que no le constan, frente a los hechos relacionados con la afiliación a dicha entidad, la falta de información y los perjuicios sufridos indicó que no son ciertos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta la fecha de nacimiento del actor, el derecho de petición presentado ante la entidad y la respuesta dada a la misma, frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de

reconocer una pensión de vejez, devolución de cuotas de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, buena fe, prescripción, improcedencia de condena en costas, compensación.

RESPUESTA COLFONDOS S.A

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta la fecha de nacimiento del actor, que suscribió formulario de afiliación con dicha entidad el 25 de mayo de 1994, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado, no procedencia de reconocimiento pensión de vejez en el rais, bajo condiciones del rpm, inexistencia de prueba de perjuicios.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 02 de agosto de 2023, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

CONDENÓ a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1 de septiembre de 1996 exclusivamente por la afiliación del señor CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados. En concordancia, se ordena a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las cuotas y/o gastos de administración cobradas por la afiliación del señor CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA entre el 1° de junio de 1994 hasta el 31 de agosto de 1996 debidamente indexadas. En concordancia, se ordena a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.

CONDENO a COLPENSIONES a activar la afiliación del señor CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA, al régimen de prima media con prestación definida.

CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA, dentro de los 4 meses siguientes al recibo de los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., la suma de \$24.881.924 a título de retroactivo pensional de vejez, liquidado desde el 1° de agosto de 2022, hasta el 31 de julio de 2023, y preció que a partir del 1° de agosto de 2023, COLPENSIONES continuará pagando al demandante, una mesada pensional equivalente a \$2.022.246, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre y los incrementos de ley, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago.

AUTORIZÓ a COLPENSIONES, a efectuar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud una vez se haga efectivo el reconocimiento de la pensión. DECLARÓ improbadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

ABSOLVIÓ a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante. CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en favor de la parte demandante, y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.320.000 correspondiendo a cada una de ellas la suma de \$1.160.000.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión **la apoderada de Colfondos S.A.**, interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo atinente a la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados pues indica

que no tiene razón jurídica devolver dichas sumas pues no se puede desconocer los hechos relevantes que han ocurrido, y las circunstancias fácticas que rodearon el traslado, y los efectos que se produjeron, precisando que se debe tenerse en cuenta que si bien el acto se declara ineficaz esta afiliación supera de más de 20 años, y mientras permaneció válida la afiliación la misma produjo unos efectos jurídicos hasta la fecha, y que además la entidad cumplió con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual del demandante y gracias a su óptima inversión se produjeron rendimientos por lo que es deber aplicar también principios constitucionales de equidad y Justicia pues entiende que si se van a trasladar todos los rendimientos no existía la obligación legal de trasladar las cuotas de administración dado que fue gracias a esos manejos que se generaron los altos rendimientos los cuales comparados con los gastos de administración se entiende que los mismos son muy inferiores a los rendimientos. Así mismo se opone que dicha devolución se haga indexada toda vez que los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante tienen incluido los rendimientos y de ser así se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones.

El apoderado de Porvenir S.A interpone recurso de apelación en lo relacionado con la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones pues indica que teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que están establecidas por la ley y que deben de cumplir las AFP está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, y por lo tanto, es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, y por el contrario, han generado unos rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media citando para ello sentencias del tribunal superior de Cundinamarca y de Cali según las cuales el traslado de los rendimientos compensa el fenómeno inflacionario.

Que por lo anterior ordenar que Porvenir indexe las sumas a trasladar sería imponerle una doble sanción pues es evidente que los rendimientos financieros que se obtuvo por la gestión de la demandada con creces supera la pérdida del poder adquisitivo. Por lo mencionado solicita revocar la sentencia en este sentido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir S.A presenta alegatos manifestando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Que partiendo de lo anterior, en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso por cuanto el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272

respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene 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 artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que no se puede desconocer que la AFP, le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte, y que por lo tanto en el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

Que además dicha entidad cumplió con sus obligaciones que para el momento de la afiliación se le exigía y cumplió con todas las obligaciones de asesoría e información vigentes para la fecha.

Que además el afiliado decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT, y se debe tener en cuenta la voluntad del actor de permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Respecto a la imposición de cargas probatorias inexistencias indica que respecto al alcance de la información - la misma tiene que ser no solo de calidad sino "CALIFICADA"-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la

sentencia SL1637-2022 Radicación No. 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Que la primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos.

Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A, indicando en este sentido que tampoco es procedente la devolución de las cuotas de administración.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en consulta a favor de Colpensiones y conforme a los recursos de apelación interpuestos: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, los dineros de la cuenta de ahorro individual, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 09 de julio de 1960, (fls 237 del PDF 02), se afilió al ISS desde el 19 de febrero de 1985, (fls 02 PDF 21), se trasladó a Colfondos S.A de forma efectiva a partir del 01 de junio de 1994, y a Porvenir a partir del 01 de septiembre de 1996, (fls 43 PDF 17).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues

este indicó que se afilió en el año 1994 a Colfondos cuando llegaron unos asesores a la empresa y le ofrecían un cambio de pensiones donde le decían que se iba a ganar más y que se podía pensionar antes, y que luego firmó el formato de afiliación, que no le explicaron que requisitos tenía que cumplir para tener derecho a la pensión en ese fondo, que le dijeron que el seguro social se iba a acabar, que no recuerda el traslado a porvenir pero que si se pasó debió haber sido porque le ofrecían las mismas ventajas, que no conocía la posibilidad de trasladarse 10 años antes pensionarse, que no recuerda que le hayan dicho que tendría una cuenta de ahorro individual y que esta generaría rendimientos, que no le dijeron que pasaría con el dinero si llegara a morir.

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;...”.

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Colfondos 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 a dicha entidad **en el año 1994**, sin que le haya 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, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía

que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente**, sin que sea relevante la reasesoria brindada en el año 2015 toda vez que lo que importa para la Sala en estos casos en la asesoría que se debió dar al momento del traslado inicial al RAIS, debiendo tenerse en cuenta además que según lo afirmado por la accionante en el interrogatorio de parte se le indicó en dicha reasesoria que la diferencia respecto al monto de la pensión en el RPM sería mínima y que por eso fue que se quedó allí y no se trasladó.

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

2. De los efectos de la ineficacia

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

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de

2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

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

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este

concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Ahora, considera la Sala que el argumento esgrimido por el apoderado de Porvenir S.A relacionado con que no debe ordenarse la indexación de las sumas objeto de traslado pues dicha pérdida del poder adquisitivo ha sido compensada con el traslado de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no tiene vocación de prosperidad pues la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1688 de 2019 ha sido clara en manifestar que además de los rendimientos deben devolverse también los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, expresó la referida providencia

*“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)*

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los

que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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)”*

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben de ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 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.”

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a **Colpensiones** debidamente indexados.

Ahora, de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022, SL-756-2022 y SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

3. De la pensión de vejez.

Para el caso bajo estudio no existe discusión y se encuentra acreditado que al demandante CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA, le es aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez los requisitos establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, esto es, cumplir una edad de 62 años y tener 1.300 semanas cotizadas.

El primer requisito de la edad fue cumplido el 09 de julio de 2022 al haber nacido el demandante nació el 09 de julio de 1960, (fls 237 del PDF 02), y el segundo requisito con respecto a las semanas cotizadas se encuentra acreditado toda vez que según historia laboral allegada en el PDF 27 se

evidencia que cuenta hasta el mes de julio de 2022 con un total de **1.706** semanas cotizadas en toda su vida laboral. En virtud de lo anterior es claro que el demandante cumple a cabalidad los requisitos de la normativa en cita para tener derecho a la pensión de vejez pretendida.

Ahora, con respecto al disfrute de la pensión debe decirse que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas. En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa.

Partiendo de lo descrito considera la Sala que la pensión de vejez deberá reconocer como se indicó en primera instancia a partir 01 de agosto de 2022 toda vez que para el mes de julio de dicho año fue que se realizó la última cotización al sistema general de pensiones según se evidencia de la historia laboral ya mencionada.

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

Con respecto a la mesada pensional y la liquidación del IBL se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia en cuanto a que el IBL más beneficioso es el obtenido con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años que es de \$2.331.985, en comparación del IBL de toda la vida que lo fue de \$1.722.677. Por lo anterior al aplicarse una tasa de reemplazo del 76.76% obtenida con la formula consagrada en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, se obtiene una

mesada pensional de \$1.787.700 para el año 2022 y actualizada al año 2023 de \$2.022.246 debiendo confirmarse la sentencia de primera instancia en este punto en particular.

En esta instancia se condena en costas a Colfondos S.A y Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas por no prosperar el recurso de apelación.

Por lo mencionado lo legal y pertinente será, ADICIONAR Y CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín.

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 emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

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

con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

TERCERO: Condenas en costas en esta instancia a Colfondos S.A y Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas por no prosperar el recurso 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



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



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	: CARLOS HUMBERTO TORRES MEJÍA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A, Y COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-013-2022-00275-01
RADICADO INTERNO	: 243-23
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 30 de agosto de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 30 de agosto de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO