

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: GLORIA MORENO PORTELA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2021-00372-01
RADICADO INTERNO	: 278-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 301

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 en el grado jurisdiccional de consulta, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la nulidad o la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente efectuado a la sociedad PROTECCIÓN S.A. posteriormente realizado a PORVENIR S.A., el cual carece de validez por existir vicio en el consentimiento, en razón de la omisión del deber información y el no cumplimiento de las obligaciones que taxativamente le señalan los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media.

Se CONDENE a la AFP PORVENIR a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual, los rendimientos y sin que se realice descuento por cuota de administración.

Se CONDENE a Colpensiones a tener como válida, vigente y continua la afiliación de la accionante al Régimen de Prima Media. Se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales.

Como fundamento fáctico de las pretensiones indicó que, la demandante nació el 16 de mayo de 1962; inicio sus cotizaciones en el ISS hoy Colpensiones, en diciembre de 1985 hasta octubre de 1996, año en el que se trasladó a la sociedad PROTECCIÓN S.A., y posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. sostiene que al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, no obtuvo la suficiente información; no se le explicó en forma clara y precisa, los riesgos y beneficios del traslado; el 21 de octubre de 2020, le solicitó a PROTECCIÓN S.A. el traslado de régimen y las pruebas de las asesorías y reasesorías brindadas, obteniendo respuesta el 5 de noviembre, en donde se le manifestó que no cuentan con archivo físico de las asesorías ya que eran de manera personal; el 13 de agosto de 2020, radicó petición ante PORVENIR S.A. solicitando las pruebas de las asesorías y el 3 de septiembre de 2020 en donde se indicaron que el traslado realizado a dicho fondo provenía de otro fondo del mismo régimen, y ello daba a entender que conocía las ventajas y desventajas de permanecer afiliada al Régimen de Ahorro Individual; y elevó en cual fue negado el 18 de agosto de 2020. Asegura que, si la mesada pensional va a sufrir un daño a causa de la deficiente asesoría brindada por la AFP al momento del traslado. Aportó proyección de la mesada pensional, donde relaciona que en el Régimen de Prima Media la mesada pensional ascendería a \$1.445.511 a los 58 años teniendo en cuenta un IBL de los últimos 10 años o \$1.092.550 teniendo en cuenta el IBL de toda la vida, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual la mesada a los 58 años de edad sería de \$877.803; diferencia que demuestra un detrimento.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

En la contestación a la demanda, la sociedad PROTECCIÓN S.A., aceptó la fecha de nacimiento; que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria a la sociedad COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de noviembre de 1996; el derecho de petición elevado a PROTECCIÓN S.A. No le consta las cotizaciones que haya realizado al ISS, ni la afiliación a PORVENIR S.A.; los

derechos de petición elevados a PORVENIR S.A. y a Colpensiones; ni le consta la proyección de las mesadas pensiones en cada régimen. Frente a los demás hechos de la demanda indicó que no eran ciertos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso las 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; genérica (expediente digital 05).

Colpensiones dio respuesta manifestando que es cierto la afiliación al ISS; el traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A. y el posterior traslado a PORVENIR S.A.; la solicitud elevada a Colpensiones; y la respuesta dada. Lo relativo a que una buena asesoría hubiera permitido evidenciar que era más beneficioso el Régimen de Prima Media, no se trata de un hecho. No le constan los demás hechos de la demanda.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de Régimen, inexistencia de ineficacia (sic) del traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP privadas ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen; indebida aplicación del art. 1604 del CC; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media; desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencia pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de las AFP privadas, buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas, innominada (expediente digital 06).

La sociedad PORVENIR S.A al contestar la demanda manifestó que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante; ni la afiliación al ISS; la solicitud elevada a PROTECCIÓN S.A. y a Colpensiones; la proyección de las

mesadas pensionales en cada uno de los regímenes; el detrimento de la mesada. Frente a los demás hechos, indicó que no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Propone las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (expediente digital 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 8 de agosto de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado que hiciera la demandante del Régimen de Prima Media administrado por CAPREDA y que hiciera a la sociedad COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. para el días 10 de noviembre de 1996, igualmente quedan ineficaz la afiliación realizada a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., en consecuencia queda incólume la afiliación al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones sin solución de continuidad.

Le ORDENÓ a la sociedad PORVENIR S.A., que actualmente detenta los valores de la cuenta de ahorro individual, para que retorne a Colpensiones en el término de 30 días hábiles siguientes a la providencia, los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, y que hubiera recibió con motivos de la afiliación, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos en su totalidad; los gastos de administración, los pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima deberán retornar a Colpensiones debidamente indexados desde su causación y hasta su pago, y con cargo a l propio patrimonio de la entidad PORVENIR S.A.. El retorno deberá acompañarse con la documentación que acrediten ciclos y valores y demás documentación importante para Colpensiones quien recibirá a satisfacción y equivalencia.

Le ordenó a PORVENIR S.A. remita a Colpensiones en el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, los gastos de administración, los pagos de primas de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima debidamente indexados desde la afiliación hasta el momento del pago; las remisiones de los valores deberán acompañarse con los documentos de soporte a satisfacción de Colpensiones.

Le ORDENÓ y CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A., para que en virtud de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, retorne en el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia a Colpensiones, quien recibirá a satisfacción y equivalencia los gastos de administración, los pagos de seguro y reaseguro y pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima debidamente indexados desde su causación hasta su pago, y con cargo al propio patrimonio de la entidad PROTECCIÓN S.A. este retorno es por los periodos que tuvo afiliación la demandante en la sociedad PROTECCIÓN S.A.. debiendo acompañarse el retorno de la documentación que acredite ciclos y valores y demás documentación importante para Colpensiones.

Le ORDENÓ a Colpensiones para que permita el traslado de la demandante, de continuidad a la afiliación, brinde todas las garantías de la afiliación, conserve los beneficios que la cobijan y actualice el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad, incluyendo los tiempos cotizados o aportados en el Régimen de Ahorro Individual y reciba los valores detallados a satisfacción y equivalencia. Condenó en costas a la parte vencida en juicio PROTECCIÓN S.A.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de los valores a trasladar, porque ante la decisión de la ineficacia los únicos valores a trasladar son los establecidos en el art. 113 de la Ley 100 de 1993, ello es, los rendimientos y aportes; la orden de trasladar los gastos de administración se olvida el art. 20 de la norma en mención, porque si la demandante hubiera estado en el Régimen de Prima Media dichos gastos de administración se hubieran causado y la labor realizada por la entrada fue una debida administración y en ese sentido recibió unos rendimientos del 59%, con base a ello se cumplió su labor; se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones al no haber administrado los aportes; solicita se declare probada la excepción de prescripción al no financiar la pensión.

Los seguros previsionales surgieron como consecuencia de la creación de la cuenta de ahorro individual y la cobertura se brindó por tercero ajenos y de buena fe, los cuales recibieron los aportes, sin que se deba ordenar el traslado al haberse prestado la cobertura.

Finalmente apela la indexación ordenada, porque los rendimientos superan la devaluación que se pudo presentar en la cuenta de la demandante; y al realizar la devolución de rendimientos y realizar el pago de la indexación, sería una doble condena a PORVENIR S.A., lo que sustenta con la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La sociedad Porvenir S.A. considera que no le asiste razón al A Quo, al no haberse alegado ni 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. El único artículo que refiere a la ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897 del Código de Comercio. Que en el presente proceso, ninguno de los presupuestos legales se alegaron, ni se demostraron. Que en el presente proceso, ninguno de estos presupuestos legales se alegaron, ni se demostraron; la sociedad accionada siempre le garantizó a la parte demandante la posibilidad de retornar al RPM y dispuso canales de atención; 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 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 indexación de las sumas. Además que dicha orden impone una doble sanción.

La entidad Colpensiones en su extensos alegatos manifestó en síntesis, considera que conforme a los presupuestos legales y procesales para que la

sentencia sea favorable a Colpensiones. Que la sentencia de debe ser revocada porque los fondos de pensiones se encuentran en una situación probatoria compleja para esclarecer los hechos y la demandante está en mejor posición de ilustrar; que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria, además firmó el formulario de afiliación el cual era el único documento exigible que se le requería sin que se pueda imponer cargas a la AFP imposibles de soportar. Conforme al art. 2º de la Ley 797 de 2003, la demandante no se podía trasladar al momento de presentar la demanda en el año 2020, al tener 58 años de edad, a sabiendas que la norma determinad que el afiliado no se puede trasladar cuando el falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima pensional, lo que aplica a la demandante.

Asegura que la AFP PORVENIR S.A cumplió con sus deberes asesorar, buen consejo y una doble asesoría antes de los 10 años para cumplir la edad de pensión, por lo que solicita se respete la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. Con base en lo anterior, no se puede hablar de engaño, y por el contrario, desanimó a la afiliada a seguir en el Régimen de Ahorro Individual sin que acatara las recomendaciones que le fueran dadas.

Por otro lado, frente a la inaplicabilidad constitucional, manifiesta que el desconocimiento de la ley no puede ser excusa para alegar que el monto de la pensión es superior o inferior a cualquier régimen constitucionalmente constituido. Otra de las razones para solicitar la revocatoria de la ineficacia de traslado, es porque estas actuaciones están llamadas a insolventar el Sistema General de Pensiones, toda vez que los dineros devueltos no son suficientes para solventar la prestación económica; y en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, se indicó que nadie puede resultar beneficiario a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, por lo tanto, el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, y declarar la ineficacia desconocería el Acto Legislativo 01 de 2005 y respaldado por las sentencias T 489 de 2010 y radicado 05001310500720150129501 del TSM. Por lo anterior, considera que declarar la ineficacia implica vulnerar estos criterios de sostenibilidad económica. Sustenta su recurso en explicaciones dadas por las sentencias T 489 de 2010, T 073 de 2019, y por los expresado por le Gerente del Banco de la República y por el Ministerio de Hacienda.

Solicitó no condenar en costas en segunda instancia a su representada al ser un tercero ajeno y no tuvo injerencia en el traslado de la demandante. y que

además de ello, se manifieste que los valores enunciados a continuación, deben corresponder, haciendo la salvedad que los mismos serán insuficientes para el pago de la mesada pensional más allá de los 6 años. Los valores son:

1. Dinero total ahorrado en la cuenta individual del demandante
2. Intereses y rendimientos desde en que el demandante está realizando los portes al AFP PORVENIR S.A. hasta que los mismos sean trasladados a Colpensiones
3. Lo correspondiente a las Cuotas de Administración
4. Lo correspondiente al porcentaje de Pensión de garantía Mínima
5. Los porcentajes de los seguros previsionales durante todo el tiempo que estuvo vinculado a la AFP PORVENIR S.A

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **del recurso de apelación**: i) Si hay lugar revocar la orden impuesta a PORVENIR S.A. de trasladar conceptos diferentes a los aportes y rendimientos; iv) si hay lugar a revocar la indexación de los conceptos ordenados a trasladar.

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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., de 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.

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 16 de mayo de 1962 (fl. 107 del expediente digital 02); cotizó a Colpensiones del 3 de diciembre de 1985 al 29 de marzo de 1988 según la historia laboral del expediente digital 9; cotizó a “CAPRE” y solicitó traslado a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de noviembre de 1996 según reposa en el formulario de afiliación de fl. 126 del expediente digital 02 y solicitó traslado a HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A. el 24 de noviembre de 2000 (fl. 137).

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 su afiliación a COLMENA se dio cuando estaba trabajando en la Gobernación, llegó funcionarios y le dijeron que se afiliara porque la mayoría de los empleados se había afiliado a ese fondo; ella estaba afiliada a la Caja de Previsión Social CAPREDA y se acabó porque era una entidad que pertenecía a la Gobernación; la motivación para pasarse de CAPREDA a COLMENA porque lo habían acabado y llegaron los de COLMENA y todos los trabajadores se habían trasladado; cuando COLMENA se iba a acabar llegaron asesores de HORIZONTES y dijeron lo mismo, que todos los empleados se habían pasado; no le dieron información al momento del traslado; no leyó el formulario de afiliación; no se sintió coaccionada para firmar el formulario; no tuvo conocimiento que los aportes generaban unos rendimientos; su motivación trasladarse a Colpensiones, los beneficios que tiene para la vejez, por la estabilidad y porque es del estado y no puede desaparecer.

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 indico 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, 782 de 2021 y SL 1465 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, y como juez constitucional en las sentencia 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A. formularios de afiliación a COLMENA, historial de vinculaciones, respuesta a solicitud, documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales”, concepto de la Superfinanciera, comunicados de prensa (expediente digital 05), 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.**

Se hace necesario precisar, que la demandante estuvo afiliada al ISS del 3 de diciembre de 1985 al 29 de marzo de 1988 según la historia laboral del expediente digital 9; y según reposa en el formulario de afiliación de COLMENA S.A. y lo manifestado en el interrogatorio de parte, la hoy demandante estaba afiliada a la Caja de Previsión Social CAPREDA, la cual pertenecía a la Gobernación del departamento donde laboraba. Por lo tanto, se concluye que el traslado de los conceptos por la ineficacia del traslado, se deben realizar a Colpensiones, conforme se indicó en primera instancia.

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 administrado por CAPREDA al Régimen de Ahorro Individual administrado PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A. y la orden de dada a PORVENIR S.A., de trasladar los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, y que hubiera recibió con motivos de la afiliación, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos en su totalidad; y la orden dada a PROTECCIÓN S.A., de trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, los pagos de seguro y reaseguro y pagos destinados al fondo de pensión de garantía de pensión mínima debidamente indexados desde su causación hasta su pago.

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:

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

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).”

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

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

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

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

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben 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. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, SL 1688 de 2019, SL 1465 de 2021, SL1949-2021, y 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 RPM 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."

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

ADICIONAR la sentencia ORDENÁNDOLE a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como lo señala el art. 20 de la Ley 100 de 1993 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 se realizó aportes en cada fondo de pensiones. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. 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 por el tiempo en que se realizó aportes en cada fondo de pensiones. Advirtiéndose que los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado, 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

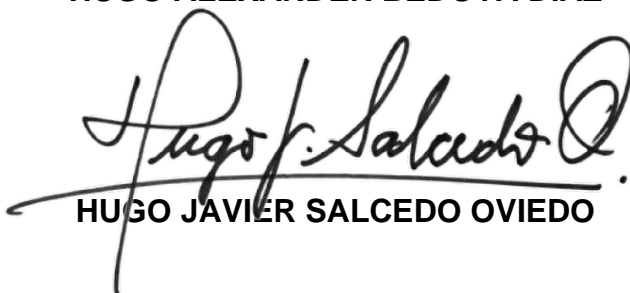
TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de PORVENIR S.A., por no prosperar el recurso de apelación.

CUARTO: 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



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO



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	: GLORIA MORENO PORTELA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2021-00372-01
RADICADO INTERNO	: 278-23
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 25 de octubre de 2023 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 25 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO