

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: JUAN CARLOS VÁSQUEZ VÉLEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-005-2022-00418-01
RADICADO INTERNO	: 344-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 364

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

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

De conformidad con el poder general otorgado por el Dr. JAVIER EDUARDO GUZMÁN SILVA (en calidad de representante legal suplente de Colpensiones), a la sociedad CAL& NAF ABOGADOS SAS; y de conformidad con la sustitución del poder que se allega al correo electrónico, por parte de la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA (en calidad de representante legal de la firma CAL& NAF ABOGADOS SAS), a la Dra. VALENTINA GÓMEZ AGUDELO, se reconoce personería jurídica para representar los intereses de Colpensiones, por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia o la nulidad de la afiliación traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por no haber existido

una debida asesoría al momento del traslado y haberse incumplido el deber de buen consejo que deben tener las Administradoras de Fondos de Pensiones; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media.

Se CONDENE a PROTECCIÓN S.A. como fondo al que actualmente se encuentra el actor, a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás sumas de dinero descontadas.

Se CONDENE a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media y a recibir los aportes y demás sumas enviados por parte de Protección S.A.. Y se condene a las demandadas en costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 27 de diciembre de 1961; se afilió al ISS y realizó aportes en forma discontinua desde julio de 1986 a junio de 1994, acreditando un total de 366.43 semanas; se afilió a PORVENIR S.A. desde julio de 1994 a febrero de 2002; en febrero de 2002 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. con quien ha cotizado 1.298,43 semanas. Señala el demandante que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual sin que le otorgaran información necesaria sobre las ventajas, desventajas y riesgos, de forma que su voluntad al momento de tomar la decisión fuera libre, consciente, voluntaria e informada; que las entidades PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A., no le informaron las diferencias completas y reales de los regímenes pensionales; que las accionadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. no cumplieron con el deber de información y buen consejo.

Que, en septiembre de 2022, la sociedad PROTECCIÓN S.A., previa solicitud del demandante, realizó proyección de la pensión de vejez, determinando que a los 62 años de edad, tendría derecho a una pensión de vejez de \$2.114.896 y la mesada pensional en el Régimen de Prima Media sería de \$2.456.936. El 5 de octubre de 2022 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de las pretensiones de este litigio, el cual fue rechazado en comunicación del 6 de octubre de 2022.

RESPUESTAS DEMANDA

Colpensiones en su contestación acepta la fecha de nacimiento del actor; la afiliación al ISS, pero no acepta las semanas allí cotizadas; acepta la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.; acepta lo relacionado con la ineficacia del traslado en virtud de lo señalado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia; la reclamación elevada a Colpensiones y la respuesta dada. No le constan los demás hechos de la demanda. Manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de carga dinámica de la prueba – particularidades del caso; inexistencia del vicio en el consentimiento; devolución de cuotas de administración – seguros previsionales – comisiones, indexados; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; imposibilidad de condena en costas; compensación (expediente digital 11)

La sociedad PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda acepta la fecha de nacimiento del demandante; que no le realizaron asesoría para la fecha en que podía regresar al ISS; la proyección pensional realizada de la mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual y en el Régimen de Prima Media. No es cierto el traslado a PROTECCIÓN S.A. porque el traslado primigenio se dio a HORIZONTE en 1994, y es cierto que el demandante se trasladó de HORIZONTE a PROTECCIÓN S.A. en el año 2002; no es cierto que no haya información de las diferencias de los regímenes pensionales y que no hayan cumplido con el deber de información y buen consejo; que el actor tenga derecho a declarar la ineficacia del traslado. No le constan los hechos restantes.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; genérica, 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 el 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 (expediente digital 13).

La sociedad PORVENIR S.A. manifiesta en su contestación, que se opone a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamento jurídico y fáctico. En relación a los hechos de la demanda, acepta la fecha de nacimiento; la afiliación a PORVENIR S.A. No es cierto que, al momento del traslado, al actor no le hayan brindado información de las ventajas y desventajas a efectos

de tomar una decisión libre, consciente y voluntaria y que se haya desconocido el deber de información y buen consejo. Lo manifestado frente a la ineficacia del traslado a la que tiene derecho el actor con base en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, considera que no es un hecho. Y frente a los hechos restantes, dice que no le constan. Propuso las excepciones de buena fe; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; enriquecimiento sin justa causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (expediente digital 14).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 18 de julio de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por falta de consentimiento informado, lo que derivó error en el consentimiento del demandante al momento de afiliarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; declaró que la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculada al Sistema General de Pensiones.

CONDENÓ a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, el 100% de los aportes efectuados por el demandante y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.

CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A, que, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que quede en firme dicha providencia, traslade con Colpensiones el 100% de los valores descontados de los aportes del demandante por concepto de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales y de reaseguro y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo

el traslado de fondo pensional, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir los aportes que la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. le devuelvan, como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por el demandante en el Régimen de Ahorro Individual, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en la historia laboral de éste. Y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de Colpensiones apela la sentencia, sustentada en la proporcionalidad y ponderación al declarar la ineficacia del traslado, al considerar que se declara de manera injustificada y desproporcionada a una obligación con efectos patrimoniales en cabeza de Colpensiones. Asegura que la medida adoptada, no pasaría el segundo criterio de la necesidad porque de existir otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado y siendo los fondos que han administrado los recursos, los que se deben hacer cargo de las prestaciones económicas derivadas de la ineficacia, y tienen la obligación de devolverle al afiliado; considera que poner en cabeza de Colpensiones esa responsabilidad implica un impacto lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema; advierte que Colpensiones maneja recursos públicos y reconoce pensiones con subsidios del estado y la decisión generaría un desequilibrio financiero para la Nación, y con base a ello solicita sea revisado el equilibrio financiero.

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la indexación ordenada, al considerarla como una doble condena, en vista que su representada trasladó los aportes del actor; y teniendo como sustento la sentencia del Tribunal Superior de Cali en donde se considera que con el traslado de los rendimientos se compensa la pérdida del valor adquisitivo de la moneda; así mismo hace referencia a argumentos doctrinales, en donde la indexación es traer a valor presente el dinero para que no pierda su valor adquisitivo y en ese sentido, las sumas de los gastos de administración no han perdido el valor adquisitivo y ordenar la devolución indexada generaría un enriquecimiento sin justa causa de Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. en sus alegatos de conclusión, manifiesta que no hay lugar a condenar a PORVENIR S.A. a la devolución de gastos administrativos en que su descuento se realiza en virtud art. 20 de la Ley 100 de 1993 y no en forma caprichosa; es un rubro que corresponde a un valor que es ejecutado durante la vinculación de los afiliados al RAIS para prestar aquellas garantías que caracterizan al régimen y no existe sustento jurídico ni fáctico, que el RPM se beneficie de los rendimientos y de los gastos administrativos.

Igualmente se aparta de la indexación de los gastos de administración dado que este concepto no ha perdido el poder adquisitivo, sino que los gastos de administración lograron incrementar la cuenta de ahorro individual. Que existe enriquecimiento sin una justa causa del RPM y de la parte actora, porque no solo se condenó a la devolución de gastos administrativos, sino también a la indexados; invoca como sustento la sentencia 146 del 9 de junio de 2023 del Tribunal de Cali.

Finalmente considera que no hay lugar a la condena en costas dado que la accionada PORVENIR S.A. se somete a un proceso que no puede evitar, en vista que lo rige la prohibición del literal e) del art. 2º de la Ley 797 de 2003, en virtud del cual no puede autorizar el traslado de régimen a los afiliados que cuenten con 10 años o menos, para adquirir la edad pensional; otra de las razones es porque no puede acceder materialmente al mecanismo alternativo de solución de conflictos de la conciliación o trasladar de régimen a la parte actora de manera voluntaria; y al haber actuado la entidad de buena fe.

La apoderada de Colpensiones solicita que la sentencia sea revocada en primer lugar porque los afiliados cuentan con el derecho de elegir libremente el régimen al que quieren pertenecer conforme el literal b) y e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003; y frente a esa libertad escogencia, es fundamental el consentimiento libre, el cual quedó acreditado en este caso en tanto, fue aceptado por el mismo demandante, que el fondo le suministro una información suficiente que le generaron un grado de confiabilidad que la llevo a optar por pertenecer a dicho régimen, le informaron las condiciones básicas del funcionamiento, como es la existencia de la cuenta de ahorro individual, la pensión anticipada, los rendimientos, el bono pensional, por lo que considera que no existe falta de información o información insuficiente. Que el demandante no puede ser trasladado al Régimen de Prima Media al haber superado la edad permitida en la ley, y dicha

pretensión desestabilizaría el sistema financiero conforme fue avizorado en la sentencia C 1024 de 2004.

También considera que la ineficacia del traslado es inoponible a terceros de buena fe como es su representada, y dicha figura, es un mecanismo protector del derecho a la seguridad social; la inoponibilidad frente a un negocio jurídico ineficaz, permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a Colpensiones. Y las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones constitucional; asegura que la responsabilidad de la AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se debe enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de la justicia ordinaria, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros.

En caso de ser aceptada la inoponibilidad, se debe evaluar la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial.

En el evento de ser procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, solicita se adicione la sentencia ordenándole a las accionadas PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, que al momento de efectuar el traslado informe a la entidad que represento, los conceptos que se trasladan de manera discriminada con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos a que pertenecen, el IBC de cada ciclo, el aporte pagado y demás información relevante que los justifiquen.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia, en virtud del **recurso de apelación**, se centra en analizar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada PORVENIR S.A. trasladar los gastos de administración indexados.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si se deberá adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar los gastos de administración comprendidos por

“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, debidamente indexados.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 40 años de edad, al haber nacido el 27 de diciembre de 1961 (fl 97 y 99 del expediente digital 03); cotizó al ISS desde el 10 de julio de 1986 a marzo de 1993 (expediente digital 12); solicitó traslado a la sociedad HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 1º de julio de 1994, posteriormente se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 1º de febrero de 2001 y por cesión por fusión se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 31 de diciembre de 2012, conforme se extrae del historial de vinculaciones del SIAFP de fl 46 del expediente digital 13.

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna al haber indicado que su afiliación a HORIZONTE se hizo en 1992-1993 aunque no lo recuerda; no recuerda haber leído el formulario de afiliación a HORIZONTE porque su traslado se dio por una orden del presidente de Coltefinanciera porque eran socias las dos compañías; PORVENIR S.A. si hicieron el traslado de los aportes; su intención de retornar a Colpensiones porque las condiciones son mejores y cuando se trasladó de fondos no le dijeron las desventajas solo las ventajas; le hablaron de la rentabilidad de los fondos; no recuerdo si le hablaron de lo que sucedería con las semanas del ISS; ha escuchado hablar de bono pensional pero el concepto no lo tiene claro.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo*

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

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

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

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

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

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia

que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; ...”.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice que la información tiene que ver con: 1º. **La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional**, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún 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 PORVENIR S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, **cuando tomó la decisión de trasladarse a dicho fondo de pensiones**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad**

de selección del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) **y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto**, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A., historia laboral consolidada; certificado de empleadores que efectuaron aportes y valores trasladados a ING y a PROTECCIÓN S.A.; historial de vinculaciones del SIAFP; formulario de afiliación a HORIZONTE el 4 de julio de 2001 (expediente digital 14), 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.**

Ahora, frente a la manifestación hecha por el A Quo, cuando señala que la información entregada al demandante no fue completa, cierta, veraz, oportuna, amplia ni entendible, fue parcializada porque no le informaron las desventajas que conllevaba ese traslado, por lo que eso genera un vicio en el consentimiento que ella entregó, que es un **error en el consentimiento**. Se hace necesario advertir, que para la Sala en estos procesos no se analiza la existencia de los vicios del consentimiento, y entre ellos el error, pues como bien lo señaló el A Quo, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia hacen referencia a la **falta al deber de información al momento del traslado de régimen**, siendo de allí de donde se deriva la ineficacia del traslado.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de la afiliación, **pero por las razones analizadas en esta providencia**; y se confirmará la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros.

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 frente al **recurso de apelación presentado por Colpensiones**, no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el **principio de sostenibilidad financiera** no se violenta **ni se genera un desequilibrio** 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 PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. S.A., trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por "*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*", y el pago de dichos conceptos sean debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que el demandante realizó aportes en cada uno de esos fondos. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

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.**

Frente a los demás aspectos alegados por la AFP PORVENIR S.A., no se hará un pronunciamiento, teniendo en cuenta que el principio consonancia establecido en el art. 66A del CPT y SS establece “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación**” (resalto fuera del texto).

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las accionadas Colpensiones y PORVENIR S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a las sociedades PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. S.A., trasladar a Colpensiones los gastos de administración constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, y el pago de dichos conceptos sean debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que el demandante realizó aportes en cada uno de esos fondos. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

SEGUNDO: ADICIONAR 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.

TERCERA: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, **pero por las razones analizadas en esta providencia.**

CUARTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las accionadas Colpensiones y PORVENIR S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



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	: JUAN CARLOS VÁSQUEZ VÉLEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-005-2022-00418-01
RADICADO INTERNO	: 344-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 14 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 14 de diciembre de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO