

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: OLGA CECILIA PINO GÓMEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
LITISCONSORTE NECESARIO	: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-005-2019-00547-01
RADICADO INTERNO	: 154-21
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 195

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 el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, que por falta de los requisitos legales que dan cuenta los artículos del Código Civil y los arts. 13 y 271 de la ley 100 de 1993, se DECLARE la nulidad de la afiliación de la demandante a la sociedad PORVENIR S.A., que conllevó al traslado de régimen, el cual carece de validez

por existir vicio en el consentimiento, en razón de la omisión del deber de información y la necesidad de cumplir las obligaciones taxativamente señaladas en los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y todas aquellas que se integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como establece el art. 1603 del Código Civil. Como consecuencia de la nulidad de la afiliación, se declare válida, vigente y sin solución de continuidad, la afiliación de la accionante al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones. Se CONDENE a PORVENIR S.A. a devolver los aportes realizados en el Régimen de Ahorro Individual por la accionante a Colpensiones, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración. Se CONDENE a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media, y a recibir los aportes trasladados por PORVENIR S.A. e imputarlos a su historia laboral. Se condene a las demandadas al pago de costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que la demandante nació el 13 de enero de 1967; se afilió al Régimen de Prima Media desde el 18 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1995; actualmente cuenta con 1676 semanas cotizadas. En agosto de 1997 llegaron varios asesores a la entidad donde laboraba y fue abordada por el asesor de la sociedad HORIZONTES hoy PORVENIR S.A., quien la convenció que ese nuevo régimen pensional era mejor, en ese mismo mes la visitó un asesor de PORVENIR S.A. y se trasladó de régimen; en esa visita, se le entregó un simulador pensional y no se le explicó en forma clara y precisa los riesgos y beneficios del Régimen de Ahorro Individual. Solicitó el traslado a Colpensiones el 12 de septiembre de 2019, la cual fue negada al no ser procedente el traslado porque se encuentra a 10 años o menos de adquirir el derecho pensional.

En auto del 3 de marzo de 2020 visible a fls 134, el juzgado de conocimiento ordenó integrar a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en calidad de litisconsorte necesario por pasiva.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 9 de junio de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual por falta de consentimiento informado, lo que derivó error en el consentimiento de la demandante al momento de afiliarse a COLFONDOS S.A. DECLARÓ que la afiliación de la Sra. OLGA CECILIA PINO GÓMEZ 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 AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieran causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio el concepto de gastos de administración, el valor de las pólizas provisionales, lo descontados para el fondo de la garantía de pensión mínima, y el fondo de solidaridad pensional.

Le ORDENÓ a la sociedad COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones el concepto de gastos de administración, el valor de las pólizas provisionales, lo descontados para el fondo de la garantía de pensión mínima, y el fondo de solidaridad pensional, en proporción al tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicho fondo de pensiones.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir a la demandante y los aportes que PORVENIR S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada y al tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en la historia laboral de ésta. E impuso costas a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y absolvió a Colpensiones de costas procesales.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la sociedad PORVENIR S.A. considera que es claro que, al momento de realizar el traslado, su representada cumplió con el deber de información establecido para la época. En el interrogatorio, la demandante niega hechos que confesó en la presentación de la demanda tal y como es la asesoría que su representada presentó mediante un simulador y le pusieron en conocimiento características del fondo de garantía de pensión mínima,

edad para adquirir el derecho pensional y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, y dejó claro la demandante que su intención solo corresponde a intereses económicos y no los que refieren a la ineficacia del traslado; no hay lugar a que se declare la ineficacia porque se confesó por la demandante que la motivación para realizar el traslado de AFP se generó por la heredabilidad de la cuenta individual y pensionarse anticipadamente. El traslado de régimen es válido y cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y no pesa sobre él vicio u omisión que lo invalide. Se pretende la aplicación de un deber de información que no se encontraba vigente, pero su representante cumplió en varias asesorías donde se le dieron todas las características del Régimen de Ahorro Individual; que la demandante nunca realizó actuaciones tendientes a regresar al Régimen de Prima Media sino hasta que consideró que el valor proyectado de la mesada pensional en la asesoría dada por PORVENIR S.A. en el año 2018 no era suficiente.

Si se confirma la decisión, solicita no se condene a PORVENIR S.A. al traslado de gasto de administración y demás emolumentos, porque estos se destinaron a cubrir los gastos en que incurrió el fondo para la generación de frutos o rendimientos que generaron el incremento de la cuenta de la demandante y generaron el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, los cuales no se pueden retrotraer. Por lo que solicita se absuelva a PORVENIR S.A. de realizar la devolución de estos conceptos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones solicita se analice la imposibilidad del traslado de régimen consagrada en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supuesto jurídico en el cual nos debemos basar en este caso, toda vez que la parte demandante solicitó el traslado con posterioridad al cumplimiento de la edad límite establecida; que solicita la ineficacia, al no tener otra alternativa conforme a los supuestos normativos referenciados y donde el único interés de la actora recae, en el beneficio económico que puede obtener en el Régimen de Prima Media al momento de pensionarse.

Que la ineficacia invocada recae sobre un presunto error, al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, en ese sentido solicita se tenga presente que el error, fuerza y dolo, deben ser probados, y el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad; frente al consentimiento establecido en el artículo 1502 del código civil, no se ha logrado probar que allí sido violentado ni viciado de ineficacia, que la demandante es un sujeto de derecho capaz, según el artículo 1503 del código civil, y en ese sentido fue libre y espontánea que suscribió la afiliación y al enterarse que pierde beneficios procede a reclamar; que el desconocimiento de la ley no excluye de responsabilidad y no se logró probar un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado. El error alegado y aceptado por el Juez se desvirtúa con base en los argumentos dados.

En caso de confirmarse la ineficacia, se solicita se ordene la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, porque si el afiliado no va a hacer uso del fondo, no tiene que quedarse con ningún monto y al declararse el traslado ineficaz, los efectos surtidos quedan sin valor alguno.

Que Colpensiones va entrar en un detrimento patrimonial en caso que deba reconocer una pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado en el tiempo que duró su vínculo con el Régimen de Ahorro individual, por lo que solicita tener presente las sentencias SL 1421, SL 1452 y SL 1688 de 2019; que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES siendo necesaria la devolución de todos los rubros.

La apoderada de la demandante solicita se confirme la sentencia. Sostiene que de conformidad con las normas que regulan el negocio jurídico para que el consentimiento sea válidamente emitido debe encontrarse exento de error, fuerza dolo, consagrados en los arts 1508, 1510, 1511, 1515 y 1918; que la doctrina sostiene que para que el error vicia el consentimiento debe ser grave y determinante.

Que las normas que imponen el deber de información son el Decreto 663 de 1993, artículo 97 de la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010; que si bien, la entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010 es posterior al traslado, el mismo no hace otra cosa que desarrollar el deber de información que comporta el principio de buena fe y normas anteriores como el Decreto 663 de 1993, modificado por la ley 795 de 2003. El incumplimiento de PORVENIR S.A en relación con su obligación de proporcionar asesoría e información oportuna, diligente, transparente, completa veraz y suficiente a mi cliente, fue sistemático y permanente.

Frente a la asesoría prepensional, retoma los arts 2º de la Ley 797 de 2003, art. 7º del Decreto 3800 de 2003; Decreto 1748 de 2014; art. 60 de la Ley 100 de 1993, art, 137 de la Ley 1753 de 2015.

Sostiene que PROTECCIÓN, omitió información, pese a tener la obligación de brindar una asesoría completa ceñida a las reglas de la prudencia, diligencia y pericia, más aún cuando por las labores y servicios prestados tiene el conocimiento de las consecuencias que acarrea un traslado de régimen. Al respecto la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la sentencia 31.989 de 2008.

La apoderada de PORVENIR S.A. se aparta de los argumentos dados en primera instancia y que justifican la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen, cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993 al realizar la entrega de la información en diferentes momentos, ello es, en forma verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión en forma personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y finalmente dentro del mismo formulario, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Así mismo señala que la sociedad accionada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y comunicados de prensa informando cambios normativos; que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante el cual surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; que la obligación del buen consejo, la doble

asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y ello fue objeto de pronunciamiento en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019; el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, al haber manifestado en el interrogatorio de parte, que no realizó comparaciones con otros Fondos Pensionales, no hizo preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hizo uso de los diferentes canales de atención al usuario; las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas sino que se encuentra en la Ley 100 de 1993 por lo tanto, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa.

Y frente a la devolución a Colpensiones de los valores recibidos con motivo a la afiliación, incluyendo los descuentos por concepto de administración de las cuentas de ahorro individual, debe ser revocada, pero en caso de confirmarse la condena y declarar la ineficacia de la afiliación, solicita no se condene a su representada a trasladar los gastos de administración porque este concepto tiene por mandato legal destinación específica conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y dicho descuento ha cumplido a cabalidad y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, así mismo, atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa; y toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y de acuerdo con la coyuntura económica, se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, como se analizó por el Tribunal Superior de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019. Y resalta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en apelación: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; si hay lugar a

revocar la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el grado jurisdiccional de consulta, se deberá analizar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. trasladar las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 27 años de edad al haber nacido el 13 de enero de 1967 (fl 17); que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 18 de febrero de 1987 al 30 de marzo de 1995 (fl. 19 y 48 a 49); solicitó traslado a la sociedad COLFONDOS S.A. el 27 de marzo de 1995 y se hizo efectivo el traslado el 1º de abril de la misma anualidad (fl. 102 vto); y solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 17 de enero de 1997 siendo efectivo el 1º de marzo de 1997 (fl. 102 y 108); solicitó vinculación a pensiones voluntarias el 4 de septiembre de 2001 (fl. 103); solicitó el retiro a pensiones voluntarias el 30 de mayo de 2003 (fl. 105).

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 no recuerda la fecha que se trasladó a COLFONDOS S.A., cree que fue en 1987; se trasladó porque los fondos de pensiones empezaron a decir que el ISS se iba a acabar que se tenían que pasar a los fondos sociales y si no se pasaba se perdía el tiempo cotizado y la plata que habían ahorrado, iban y les dictaban varias charlas en forma grupal, les decían que era la mejor opción el fondo privado y ella se trasladó para COLFONDOS S.A. y allí estuvo solo dos años; esa reunión grupal duro 20 o 30 minutos; ella estuvo en reunión con asesor de COLFONDOS S.A. en dos oportunidades y después llevaron el formulario para que firmaran; ella le hizo preguntas al asesor porque ella hacía énfasis de que ella tenía un hijo y era madre soltera y le decían que los aportes eran heredables y eso fue lo que más le llamó la atención. A los dos años de

estar en COLFONDOS S.A. se pasó a PORVENIR S.A.; el asesor no la coaccionó a firmar el formulario de COLFONDOS S.A.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

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

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611,

2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, y como juez constitucional en las 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 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 de Colpensiones, 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 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 COLFONDOS S.A. aporte el estado de cuenta del afiliado detallado, consulta del afiliado y el historial de vinculaciones SIAFP, 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 declaración de la ineficacia del traslado por falta de consentimiento informado, lo que derivó **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**, siendo de allí de donde se deriva la ineficacia de la afiliación.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado, **pero por las razones analizadas en esta providencia**; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos y rendimientos financieros; y la orden dada a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, el valor de las pólizas provisionales, lo descontados para el fondo de la garantía de pensión mínima, y el fondo de solidaridad pensional, en proporción al tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicho fondo de pensiones.

Y frente a la los alegatos de conclusión presentado por Colpensiones, donde solicita analizar el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, la Sala no lo acogerá su oposición, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

*“Así pues, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar, se itera, si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, **dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de***

traslado, considerado en sí mismo (SL1688-2019).” (Negrilla de la Sala)

Adicionalmente no se acoge el argumento Colpensiones, porque la ineficacia del traslado puede ser declarada, aún en los eventos, en que el afiliado cuente con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en vista que con esta declaratoria lo que se busca es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual.

2. De los efectos de la ineficacia

- Frente a la devolución de las **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”*, 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.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, en donde se rememoró la sentencia 31989 de 2008 en la cual se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora.”*.

Por lo tanto, se CONFIRMARÁ la orden dada a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. de trasladar a Colpensiones las cuotas de administración debidamente y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y se ADICIONARÁ la sentencia ordenando que estos conceptos se traslade debidamente indexadas, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 1688 y 1689 de 2019 reconoce dicha indexación.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora, en la suma de \$908.526 por no prosperar el recurso presentado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENARLE** a las sociedades COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar las cuotas de administración debidamente y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexada.

SEGUNDO: 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.**

TERCERO: Sin costas en esta instancia por ser conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

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



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARIA SALA LABORAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

EDICTO VIRTUAL

La secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín
notifica a las partes la sentencia

DEMANDANTE : OLGA CECILIA PINO GÓMEZ
DEMANDADO : : ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
LITISCONSORTE NECESARIO : COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-005-2019-00547-01
RADICADO INTERNO : 154-21
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA


Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

*Fijado hoy martes 27 de julio de 2021 a las 8:00 Am
de 2021 a la 5:00 Pm*

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy martes 27 de julio


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO