

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO POR AUSENCIA DE LIBERTAD INFORMADA - 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, y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. /

HECHOS: La parte demandante solicita, se declare la ineficacia, dejando sin efectos la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual y se disponga el regreso automático a Colpensiones, debido a la nula asesoría del fondo de pensiones privado; que se ordene a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante y se ordene a Colpensiones a recibir los aportes y autorice el regreso automático del demandante, sin solución de continuidad en la afiliación. El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín concedió las pretensiones de la demanda, declaró la ineficacia del traslado que el actor hizo el 27 de febrero de 1998 desde el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, y de la continuidad en ese régimen y administradora hasta la actualidad. El problema jurídico en gira en determinar i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si la orden dada a PORVENIR S.A de trasladar los dineros recibidos con ocasión a la afiliación se debe revocar; iii) Si hay lugar a revocar la orden impuesta a PORVENIR S.A., de trasladar las cuotas o gastos de administración indexados; vi) Si hay lugar a revocar las costas a cargo de PORVENIR S.A. Y en el grado jurisdiccional de consulta se deberá analizar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a PORVENIR S.A. a trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima indexado.

TESIS: 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. (...) art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 “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” (...) 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”. (...) 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. (...) La entidad accionada PROTECCIÓN 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. (...) 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. (...) Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes: 1º Capital ahorrado, 2º Rendimientos, 3º Los gastos de administración. (...) 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, 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.” Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse debidamente indexada. (...) 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. (...) 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. (...) 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 Média. (...) Se CONFIRMARÁ la orden dada a PORVENIR S.A. SE ADICIONA la sentencia ordenándole a PORVENIR S.A, trasladar a Colpensiones los gastos de administración del art. 20 de la Ley 100 de 1993 debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado. ADICIONAR los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a si propio patrimonio.

MP: HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

FECHA: 21/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE : HELMUTH ORLANDO CÁRDENAS CRUZ
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.
Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-022-2020-00148-01
RADICADO INTERNO : 045-24
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 054

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.

De conformidad con el poder especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.; y el certificado de existencia y representación legal de la sociedad en mención, en el que se certifica que *“Por Documento Privado del 04 de octubre de 2022, inscrito el 7 de Octubre de 2022 con el 02887434 del libro IX, de conformidad con el artículo 75 de la Ley 1564 de 2012 (Código General de Proceso) fue inscrito para que actúe como representante de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S en los procesos judiciales en los que esta última sea designada como apoderado de parte a: ... Juliana Araque Quiroz”*, por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia, dejando sin efectos la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual y se disponga el regreso automático a Colpensiones, debido a la nula asesoría del fondo de pensiones privado.

Se ORDENE a PORVENIR S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado, incluida la comisión de administración de la cuenta.

Se le ORDENE a Colpensiones Régimen a recibir los aportes y autorice el regreso automático del demandante, sin solución de continuidad en la afiliación. Y condenar a las demandadas en costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que el demandante cotizó al Régimen de Prima Media a través del ISS hoy Colpensiones, desde el 15 de septiembre de 1982 hasta el 20 de marzo de 1997, y allí cotizó 652 semanas; en marzo de 1998 recibió asesoría de PORVENIR S.A, en donde se le indicó, que le convenía trasladarse al Régimen de Ahorro Individual y el actor suscribió el formulario de afiliación; que la información que le fue suministrada era que el ISS iba a desaparecer y corría el riesgo de quedarse sin pensión, y se podría pensionarse a edad a una menor edad y con un mayor valor al realizar el traslado; no se le explicó las diferencias de los regímenes pensionales; que posteriormente, el actor escuchó comentarios de sus compañeros de trabajo y la información de los medios de comunicación donde el Régimen de Ahorro Individual no era tan beneficioso y elevó petición a PORVENIR S.A para que le explicara su situación pensional; en respuesta del 21 de febrero del 2020 le indicaron que cotizando el 100% del tiempo obtendría con ellos una mesada pensional de \$1.751.000 pero al hacer la proyección pensional con el promedio de los últimos 10 años en caso de estar en Colpensiones, obtendrían una mesada pensional de \$2.779.210 que es superior a la proyectada por el fondo de pensiones privado; el actor elevó solicitud para regresar al Régimen de Prima Media el 3 de marzo de 2020 sin embargo le fue negada aduciendo que se encontraba a 10 años o menos de cumplir el requisito de tiempo para pensionarse; el actor no conocía la existencia de la restricción de traslado dado que el fondo privado no se lo advirtió y se encuentra agotado la reclamación administrativa ante Colpensiones.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda aceptó la fecha de nacimiento del actor; reclamación administrativa elevada a Colpensiones. No le constan los hechos restantes. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de carga dinámica de la prueba- particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, sobre la solicitud judicial de traslado de régimen pensional de quienes ostentan el estatus de pensionado, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados; buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas, compensación (expediente digital 10).

La accionada PORVENIR S.A. en su contestación expone que no le consta la solicitud de retornar al Régimen de Prima Media ni la reclamación administrativa elevada a Colpensiones. Asegura que los hechos restantes no son ciertos porque al actor se le dio una continua asesoría e información y recibió información clara, veraz y oportuna. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (expediente digital 11).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 13 de febrero de 2024, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado que el actor hizo el 27 de febrero de 1998 desde el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, y de la continuidad en ese régimen y administradora hasta la actualidad. Dispuso que la parte actora ha estado vinculada siempre, sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media. CONDENÓ a Colpensiones, a tener a la parte demandante como su afiliado y a consolidar en la historia pensional del demandante, todo el tiempo cotizado o servido al Sistema General de Pensiones sólo en Régimen de Prima Media.

CONDENÓ a PORVENIR S.A a trasladar a la ejecutoria del fallo, a Colpensiones, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte

actora que incluyan aportes y rendimientos; a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de dicha providencia, de sus propios peculios y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibió de la parte accionante o en su favor, destinados a cuotas o gastos de administración del art. 20 de la Ley 100 de 1993.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir y/o a cobrar esos dineros. Dichas obligaciones de PORVENIR S.A incluyen las de reportar a Colpensiones todos los datos de la historia pensional de la parte actora. Condenó a PORVENIR S.A en costas en favor del demandante. Sin costas ni a cargo ni en favor de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la sociedad PORVENIR S.A apeló en su totalidad la sentencia proferida, al considerar frente a la ineficacia de la afiliación que no hay razones para acceder a dicha pretensión al haberse brindado al demandante toda la información necesaria al momento del traslado para que realizara el traslado de régimen pensional; que fue aportado desde la contestación, prueba de donde se infiere que su representada actuó de forma diligente y brindo información necesaria, y ello se refleja con la comunicación de 2014 dirigida al actor donde se le expresó que iba a ingresar al periodo de prohibición del traslado, sin embargo, pese que el actor aseguró que para dicha oportunidad no hacía uso de esa dirección electrónica, era su deber haber actualizado los datos personales; otra de las razones expuestas, es por la falta de prueba de haber radicado queja o inconformidad desde 1998 por el traslado, lo que da a entender la voluntad del actor de permanecer al Régimen de Ahorro Individual; la accionada realizó campañas masivas.

Como consecuencia de lo anterior y dada la validez del traslado, en segundo lugar, solicita se revoque la orden de trasladar los dineros recibidos con ocasión a la afiliación. En caso de confirmar la ineficacia del traslado, solicita se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración indexadas, por tratarse de dinero que se utilizan para pagar el servicio que el fondo ofrece sobre el dinero de los afiliados y dicha administración se evidencia en los rendimientos financiero que incrementan el capital ahorrado, por lo tanto, no se puede retrotraer un dinero sobre servicios ejecutados y se descontaron conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

En cuando a la indexación, se aparta su reconocimiento porque al ordenarse el traslado de rendimientos el cual sule o compensa el detrimento de los

dineros; que al retornar rendimientos financieros e indexación de las sumas sería una doble condena en contra de su representada y supone un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones.

Finalmente solicita la revocatoria de la condena en costas porque el actuar de PORVENIR S.A fue de buena fe y acorde con las normas vigentes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., considera que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado en tanto la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios; además, porque al momento del traslado, se cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993 al momento de suscribir el formulario de afiliación, 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; antes de la suscripción del formulario de traslado de régimen pensional efectuado por la parte demandante, la misma recibió una asesoría en donde le manifestaron características propias del RAIS, por lo que conocía las implicaciones de estar en el RAIS, a diferencia del RPM; la parte demandante tuvo oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo con lo que se concluye tuvo interés en permanecer en el Régimen de Ahorro Individual; de los hechos de la demanda y lo extraído de la audiencia de primera instancia, se infiere que la motivación de este proceso es económico, debido a la mesada pensional. 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; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa dado que las condiciones del RAIS son reguladas en la Ley 100 de 1993.

Frente a los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibieron del actor o en su favor destinados a las cuotas o

gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Solicita que sea revocado.

Pero en caso de ser confirmada la sentencia, solicita que se condene al traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual y en forma indexada lo descontado por el FOGAPEMI, los gastos de administración y el valor de las primas de seguros previsionales, pues con el traslado de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual no debe proceder la indexación, además por los efectos jurídicos del concepto de restituciones mutuas; y los rendimientos no se debieron haber ocasionado tras la declaratoria de la ineficacia; se estaría imponiendo doble condena en contra de PORVENIR S.A. y un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; aunado a lo anterior, se estaría yendo en contra de los principios de congruencia y seguridad jurídica y con base a ello, solicita se acoja la excepción de compensación y se revoque la indexación sobre los descuentos legales realizados por la accionada.

Considera que no hay lugar a devolver los gastos de administración porque a la luz del art. 20 de la Ley 100 de 1993 tienen por mandato legal una destinación específica; los descuentos cumplieron su finalidad y no están en el patrimonio de PORVENIR S.A.; la inversión de los gastos de administración y la generación de rendimientos se da por mandato del art. 20 de la Ley 100 de 1993 y la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima está establecido en el literal e) del art. 60 de la Ley 100 de 1993; asegura que las decisiones judiciales deben tener como soporte constitucional la estabilidad y sostenibilidad 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.

Otro de los argumentos que se exponen, es que no habría lugar al traslado del descuento por concepto de garantía de pensión mínima al no existir razón jurídica para realizarlo; que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la consulta del 3 de agosto de 2022 (Número único: 11001030600020220006200), al examinar algunas decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado.

Finalmente, solicita la absolución de la condena en costas al haber actuado de buena fe en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes al momento del traslado.

La apoderada de Colpensiones en sus alegatos, se opone en primer lugar a la obligación de Colpensiones de recibir a los afiliados que judicialmente deben trasladarse al Régimen de Prima Media sin consideración de las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan y a tener que asumir una defensa técnica pese a no haber hecho parte de la relación jurídica sustancial

En segundo lugar, frente a la voluntad de la parte actora de poder trasladarse de un régimen a otro, se trata de un derecho que ejerció al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, lo que se trata de un hecho ajeno a Colpensiones y con base en la restricción del art. 2º de la Ley 797 de 2003, advirtiendo, que dicha restricción que tiene razón de ser, porque Colpensiones no ha establecido un capital para el debido reconocimiento y pago de una pensión en el futuro.

En tercer lugar, frente a la afirmación de la parte accionante, cuando señala que la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios en el consentimiento, ausencia de consentimiento informado, el abuso de la posición contractual y la manipulación de la información, eso lleva a que se analice la carga dinámica de la prueba, donde la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento, exigencia que no ha podido ser acreditada por los fondos porque solo cuenta con los formularios de afiliación; referente al contrato de afiliación, se debe indagar la real la intención deriva de este acuerdo de voluntades y la intención del demandante al trasladarse, si el contrato era lícito; considera que la forma como se exteriorizar la voluntad es por medio de la firma en la aceptación en el formulario de afiliación; al tratarse la afiliación de un contrato inter partes, los demandantes tiene obligaciones consagradas en el Decreto 2555 de 2010.

Hace referencia al desconocimiento que se ha dado, frente a las etapas cómo los fondos del RAIS deben proporcionar al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna y que corresponden: Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; Tercera etapa: La Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; por lo tanto, si dicha información no fue proporcionada por las AFP, omitiendo la información de forma parcial o total,

serian ellas las implicadas en el reconocimiento de la prestación económica de la demandante a futuro y no Colpensiones.

En cuarto lugar, solicita se confirme esta sentencia con respecto a las costas y no condenar en esta instancia a las mismas, ya que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la parte actora y la demandada PORVENIR S.A.

En caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicita que PORVENIR S.A. devuelvan a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como son: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y como lo estableció en su momento las sentencias 68838 de 2019, que remite a las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019, de forma indexada.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si la orden dada a PORVENIR S.A de trasladar los dineros recibidos con ocasión a la afiliación se debe revocare; iii) Si hay lugar a revocar la orden impuesta a PORVENIR S.A., de trasladar las cuotas o gastos de administración indexados; vi) Si hay lugar a revocar las costas a cargo de PORVENIR S.A.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a PORVENIR S.A. a trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima indexado.

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 tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 1º de abril de 1963 conforme se extrae del formulario de afiliación de fl. 29 del expediente digital 11); cotizó al ISS del 15 de septiembre de 1982 a diciembre de 1997 (fls. 54 a 57 del expediente digital 10); solicitó el traslado a HORIZONTES S.A. hoy PROTECCIÓN S.A el 27 de febrero de 1998 (fl. 29 del expediente digital 11).

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 en 1998 se dio cuando trabajaba con Postobón, los llamaron a la gerencia y en una reunión grupal de 15 o 20 compañeros, dos asesores de HORIZONTE les informaron que el ISS se iba a acabar y corrían el riesgo de perder las cotizaciones, que el fondo privado se podían pensionar más jóvenes; lo llamativo del traslado era que no iban a perder las cotizaciones; no firmó el formulario solo lo diligenció y firmó; no le hablaron de bono pensional, ni de rendimientos financieros, no les hablaron de los requisitos para pensionarse anticipadamente; no recibió comunicación donde le informaban que estaba próximo a cumplir 52 años y podía trasladarse a Colpensiones en ese momento; indicó para el año 2014 el correo cpinturatanques2010@gmail.com perteneció a un consorcio en el año 2011 y era un correo institucional; que no tuvo contacto con PORVENIR S.A sino con HORIZONTE; su interés de retornar a Colpensiones porque le dijeron que se iba a pensionar por \$1.700.000 y esa mesada es baja y con Colpensiones le va mejor.

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 PROTECCIÓN 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. PROTECCIÓN S.A aportó como pruebas la historia laboral consolidada, formulario de afiliación, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación del demandante, historia laboral válida para bonos pensionales, historial de vinculaciones, consulta de viabilidad, relación de aportes, detalle del análisis jurídico, comunicación del 22 de octubre de 2014, comunicados de prensa, concepto del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera (expediente digital 11), 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.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de ineficaz la afiliación realizada a PROTECCIÓN S.A.

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*

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 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).”

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, entendiéndose que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver “*los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales*”; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden 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 CONFIRMARÁ la orden dada a PORVENIR S.A de trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos financieros y las cuotas o gastos de administración del art. 20 de la Ley 100 de 1993 que comprenden a "... los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.", y que fueron ordenados en primera instancia.
- ADICIONAR la sentencia ordenándole a PORVENIR S.A, trasladar a Colpensiones los gastos de administración del art. 20 de la Ley 100 de 1993 debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.
- Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.
- ADICIONAR los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a si propio patrimonio.

3. De las costas impuestas a PORVENIR S.A en primera instancia

Se CONFIRMARÁN las costas impuestas a PORVENIR S.A, teniendo en cuenta, aplicación al art. 365 del CGP que expresa: "*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*", y en este evento, las pretensiones de ineficacia del traslado y sus consecuencias jurídicas fueron reconocidas a la parte accionante.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.300.000 a cargo de la sociedad PORVENIR S.A. y a favor del demandante, 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 PORVENIR S.A, trasladar a Colpensiones:

- Los gastos de administración del art. 20 de la Ley 100 de 1993 debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.
- Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a si propio patrimonio
- Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

SEGUNDO: CONFIRMAR, la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.300.000 a cargo de la sociedad PORVENIR S.A. y a favor del demandante, por no prosperar el recurso de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-022-2020-00148-01
Radicado Interno 045-24



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	: HELMUTH ORLANDO CÁRDENAS CRUZ
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-022-2020-00148-01
RADICADO INTERNO	: 045-24
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/162> 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 22 de marzo de 2024 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 22 de marzo de 2024 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario