

TEMA: ELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE PENSIÓN - 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. / **RENDIMIENTOS** - 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. /

HECHOS: La parte demandante solicita se CONDENE a la sociedad PORVENIR S.A trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones, bonos, rendimientos y cuotas de administración debidamente indexados, que, como consecuencia pague de su patrimonio los dineros que, por concepto de los descuentos, fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas por el actor; y condenar a Colpensiones a recibir todas las cotizaciones trasladadas por Porvenir S.A. El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, concedió las pretensiones de la demanda. Deberá la sala determinar, si hay lugar a adicionar la sentencia, condenando a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la prima de reaseguros de Fogafín, debidamente indexados.

TESIS: 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 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 6 de enero de 1959 (...); cotizó al ISS del 18 de enero de 1983 al 31 de octubre de 2007 (expediente administrativo); solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 23 de octubre de 2007. (...) 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. (...) 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. (...) Las sentencias 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 sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (...) 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 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. 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. 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”. (...) Debe precisarse que los 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. (...) 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.

MP. HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

FECHA: 07/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, siete (07) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE : GUILLERMO ALBERTO OSPINA AVENDAÑO
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-024-2021-0261-01
RADICADO INTERNO : 089-24
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 096

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

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se CONDENE a la sociedad PORVENIR S.A trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones, bonos, rendimientos y cuotas de administración debidamente indexados; que al momento de trasladar los dineros del demandante a Colpensiones, pague de su patrimonio los dineros que por concepto de los descuentos del art. 20 de la Ley 100 de 1993 fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas por el actor.

CONDENAR a Colpensiones a recibir todas las cotizaciones como bonos y demás conceptos que traslade PORVENIR S.A. Se condene al pago de costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que el demandante nació el 6 de enero de 1959 y cumplió los 62 años de edad en el año 2021; cuando inició su vida laboral, se afilió al ISS hoy Colpensiones; que el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media.

Manifiesta el demandante, que lo trasladaron de régimen pensional con destino a PORVENIR S.A en diciembre de 2007, sin brindarle ningún tipo de información acerca de las graves consecuencias de la afiliación al fondo privado y sin realizar ningún tipo de comparativo de regímenes pensionales, omitiendo la información de las condiciones de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual; dadas las consecuencias desfavorables del traslado, las entidades en desarrollo del principio de buena fe, tenían el deber legal y constitucional de dar información completa oportuna veraz suficiente y diligente e incluso desmotivar la intención de trasladarse, pero ninguna de las accionadas lo hicieron; que el traslado de régimen no estuvo precedido de una asesoría completa, veraz, oportuna y suficiente que le permitiera visualizar las consecuencias del mismo; la omisión de PORVENIR S.A y del ISS de suministrar información al actor no solo se le impide acceder a una mejor pensión bajo el Régimen de Prima Media sino que también se mejoró considerablemente el valor de la mesada pensional y su nivel de vida.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda manifestó que no le consta los hechos de la demanda y debe probar que al actor le resulta más favorable estar en el Régimen de Prima Media. Se abstuvo de pronunciarse frente a la solicitud de condena a PORVENIR S.A y se opuso de la pretensión de condena a su representada por carecer de fundamentación fáctica y legal, debiéndose en todo caso. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, prescripción, compensación, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media, desconocimiento de precedente judicial (expediente digital 09).

La accionada PORVENIR S.A. en su contestación expone que no le consta la fecha de nacimiento del actor; la afiliación al ISS; ni el cumplimiento

de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez. Que es cierto el traslado del Régimen de Prima Media a PORVENIR S.A aclarando que ello se hizo, luego que el actor recibió información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993. No son ciertos los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica (expediente digital 11).

En auto del 2 de septiembre de 2022, el juzgado de conocimiento sostiene que por un error involuntario se notificó a COLFONDOS S.A. sin haber sido demandado, por lo tanto, dejó sin efectos la notificación realizada y aclaró que no era parte en el proceso (expediente digital 15).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 19 de marzo de 2024, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, realizado en el año 2007 a PORVENIR S.A.

CONDENÓ a la sociedad PORVENIR S.A, que, en el término de un mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a Colpensiones todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago.

Al momento de cumplir la orden, 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 y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.

Le ORDENÓ a Colpensiones, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media y a recibir la devolución de los dineros ordenados en la sentencia. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A solicita que la sentencia sea revocada la condena de retornar ciertos los valores de forma indexada y que el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima sea asumido con el propio patrimonio de la sociedad.

Lo anterior, porque considera que no se puede hablar de una pérdida del poder adquisitivo a una devaluación de los valores, cuando el actor estuvo vinculado a PORVENIR S.A y se ha mantenido un nivel adquisitivo constante en su cuenta de ahorro individual, sin que haya existido depreciación de la moneda y se generaron rendimientos financieros con los que se compensa cualquier depreciación; si la sentencia busca retornar las cosas al estado anterior, con esta decisión no se estaría dejando al demandante ni a Colpensiones en el estado inmediatamente anterior sino en una condición más beneficiosa para Colpensiones, pues de haber permanecido las cotizaciones del demandante en sus arcas, no se habrían generado los rendimientos financieros que se ordena trasladar y con ello solicita compensar los valores que se ordenan trasladar de forma indexada.

Frente al traslado del descuento destinado al fondo de garantía de pensión mínima con carga sus propios recursos, sostiene que si la condena busca privar de todo los efectos del negocio que se declaró ineficaz, si se permite que el porcentaje de cotizaciones descontado y destinado a ese fondo, perdure allí, no se estaría privando de todos los efectos ya que estarían dejando vivos algunos efectos; adicionalmente, el fondo tiene la destinación de cubrir a los afiliados del Régimen de Ahorro Individual que no alcanzaron el capital necesario para sufragar su mesada pensional, pero al no hacer parte del Régimen de Ahorro Individual, no hay lugar que sus cotizaciones permanezcan en un fondo al cual no se va a beneficiar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada del demandante solicita se confirme la decisión de primera instancia, donde se condenó a PORVENIR S.A., con fundamento en las razones de hecho y de derecho que sirvieron de sustento al momento de resolver de fondo el presente litigio y se tenga en consideración el valor probatorio otorgado a los documentos aportados con la demanda y el interrogatorio de parte absuelto por el actor.

La sociedad Porvenir S.A. considera que en este evento no se alegó ni se probó las causales previstas en los arts. 1741, 1508, 1513, 1515, 1517, y 1524 del CC, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Que si se pretende declarar la ineficacia del art. 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador; es decir, exige conductas dolosas que impidan o atenten la libre y voluntaria afiliación del posible afiliado, sin que se refiera a los dispuesto en los arts. 1740 y ss, y por el principio de inescindibilidad de las normas se impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto, y pese a esto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que será ineficaz el traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero se acude a las disposiciones civiles para establecer los efectos de la ineficacia y sin que se tenga en cuenta los presupuestos que esta norma establece para declarar la nulidad de un acto o contrato. El único artículo que refiere a la ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897. Que en el presente proceso, ninguno de estos presupuestos legales se alegaron, ni se demostraron; que el formulario de afiliación suscrito es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, y contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, donde la selección fue libre, espontánea y sin presiones; que ese documento no fue tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo como se dispone en los arts 246 y 272 del CGP. Que, en caso de presentarse, como no existe objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los arts. 1742 y 1743 del CC por la ratificación tácita de la parte demandante.

Que PORVENIR S.A., le garantizó el derecho de retracto, conforme la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como se dispuso en el art. 3º del Decreto 1161 de 1994 (esto fue adicionado), lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información. Que no se ajusta a la realidad, la afirmación que la entidad no allegara pruebas del cumplimiento de sus deberes al momento de la vinculación, al haberse cumplido con la carga procesal al aportar los documentos que tenía su poder, para demostrar que la parte actora ha estado vinculada, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se demuestra con un documento que se presume auténtico, y con la conducta del afiliado que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado. Que la conducta de haber permitido el descuento del aporte con destino al fondo privado deben considerarse como “la verificación de la voluntad del afiliado” conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 47.236 de 2016.

En relación a la carga de la prueba, consideró que no se puede imponer cargas a Porvenir, distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante e invocó la sentencia SL 1637 de 2022. Y frente al análisis de la carga de la prueba, sostiene que en primera instancia se declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado, sin analizar en conjunto las pruebas y desconociendo el art. 1602 del CC.

Resalta la diferencia que existe entre la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta y que en ese sentido no se pueden confundir. Que en el evento de considerarse que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, no puede olvidarse que el literal b) del art. 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, siendo ello lo que impide que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes, y por su parte el art 1746, establece que la regla general de la nulidad. Que en caso de ordenarse el traslado de conceptos diferentes a los del art. 113 de la Ley 100 de 1993, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico como lo es Colpensiones.

Como recuento de la línea jurisprudencial de la ineficacia del traslado, trae a colación apartes de las sentencias SL 1637 de 2022 y SL 2877 de 2020.

Por su parte, en lo que respecta a la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, con sustento en el arts. 964 y 1746 del Código Civil.

Que en atención al principio de la congruencia de la sentencia Art. 281 del CGP, al no haberse discutido ni probado la mala fe de PORVENIR S.A., no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es Colpensiones”, los rendimientos financieros generados por la gestión adelantada. No se debe trasladar las primas de seguros porque el afiliado estuvo protegido; y como argumento para no acceder a las pretensiones de la demanda indicó que era la sentencia C 1024 de 2004.

En caso de ser confirmada la sentencia, aduce que, en aplicación del principio de la congruencia, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS al no ser alegados ni probada la mala fe, y solo debería trasladar a PORVENIR SA., los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia).

Pero si la orden es reintegrar la totalidad de los rendimientos, solicita sea autorizada PORVENIR S.A a descontar de dicho concepto, las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que la accionada realizó gestiones a favor del afiliado que le generó rendimientos; condenar al traslado de aportes con rendimientos, se debe aplicar la figura de las restituciones mutuas sin que se deba condenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración y de seguros.

Con fundamento en las sentencias C 00161 de 2010, SL 9316 de 2016 y sentencias de los Tribunales Superiores de Cundinamarca y Cali, solicita no se condene a la indexación de las sumas. Además, que dicha orden impone una doble sanción.

El apoderado de Colpensiones se aparta de la decisión realizada por el juez, en cuanto al demandante al momento de presentar la demanda en el año 2021 contado con 62 años de edad, situación que le deja inmerso en la prohibición legal de literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Adicionalmente señala, que el precedente jurisprudencial de la sentencia SL 373 de 2021 moderó la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, es decir, retrotraer las cosas al estado anterior tratándose de demandantes que ya tenían una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionado en el Régimen de Ahorro Individual. Por otra parte, señala, que el demandante en

desarrollo del proceso no demostró por ningún medio probatorio que ejerció de manera oportuna, de las acciones tendientes a regresar al Régimen de Prima Media ni hizo uso del derecho al retracto, tampoco se trasladó dentro del año de gracia otorgado por la Ley 797 de 2003 y no se trasladó antes de cumplir los 47 años de edad. Resaltar que el afiliado también debe cumplir con prácticas de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, deberes que se encuentran consagrados en el artículo 4º del Decreto 2241 de 2010, enunciado dentro de esos derechos, el deber de informarse de las características del régimen pensional al cual estaba afiliado, indagando sobre las condiciones generales exclusiones, derechos, obligaciones, emanadas de dicha afiliación y exigiendo explicaciones verbales o escritas necesarias y precisas.

En caso de que se confirme la sentencia, solicita que se les ordene a los fondos privados trasladar actualizado: el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, ello si se tiene que en sentencia hito SL 81989 de 2008 se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la orden impuesta a PORVENIR S.A de trasladar algunos conceptos indexados; ii) Revocar el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima asumido con el propio patrimonio de la sociedad.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, condenando a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la prima de reaseguros de Fogafín, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 6 de enero de 1959 (fl. 49 del expediente digital 02); cotizó al ISS

del 18 de enero de 1983 al 31 de octubre de 2007 (expediente administrativo); solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 23 de octubre de 2007 (fl. 75 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 tiene 65 años de edad; expresó que presentó la demanda por sentirse engañado por los fondos privados, porque llegaron varios fondos en el año 1997 aproximadamente a la empresa y le indicaron que el ISS se acababa y los del fondo PORVENIR S.A le dijeron que ellos eran los mejores y le dieron una asesoría que se podían pensionar con 55 años sin necesidad de cumplir los 62 años; les dijeron que se podían pensionar en forma anticipada pero no les dijeron cómo; él sabía que la pensión con el ISS eran 1.300 semanas y 62 años de edad; le dijeron que se podía trasladar faltándole menos de 10 años y él fue a Colpensiones y le dijeron que no se podía trasladar porque ya había pasado la edad; no le hablaron de rendimientos financieros; no se acercó al ISS a preguntar sobre temas pensionales; se enteró en el año 2018 por noticias, que no podía retornar al RPM cuando le faltaran menos de 10 años para pensionarse; no sabe los requisitos para pensionarse en el fondo privado; no ha solicitado el reconocimiento pensional al fondo privado; la motivación de retornar al Régimen de Prima Media es el aumento que se reconoce por las semanas cotizadas; desconoce el monto de la pensión que recibiría en cada régimen.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada 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.

Historial de vinculaciones, consulta de viabilidad, formulario de afiliación, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación, historia laboral válida para bono pensional, respuesta a solicitud, proyección pensional, comunicados de prensa, concepto de la Superfinanciera del 15 de enero de 2020 (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 ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual, realizado en el año 2007 a PORVENIR S.A.; y la orden dada a PORVENIR S.A, de trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual 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

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).”

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 deberá ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PORVENIR S.A.:

- Trasladar a Colpensiones la prima de reaseguros de Fogafín debidamente indexación 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.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.300.000 a cargo de PORVENIR S.A. 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 la PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones la prima de reaseguros de Fogafín debidamente indexación 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro 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 PORVENIR S.A. a favor del demandante, por no prosperar el recurso de apelación.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-024-2021-0261-01
Radicado Interno 089-24



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 : GUILLERMO ALBERTO OSPINA AVENDAÑO
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-024-2021-0261-01
RADICADO INTERNO : 089-24
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 08 de mayo de 2024 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 08 de mayo de 2024 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario