

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - Versa exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. / **PENSIÓN DE VEJEZ** – Para obtener el estatus de pensionado se debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que es cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas; la causación de la pensión de vejez es desde el cumplimiento de la edad. /

HECHOS: La parte demandante solicita, se declare la ineficacia del traslado de la demandante entre regímenes pensionales, realizada del ISS hoy Colpensiones a la sociedad Porvenir S.A, dejando sin efectos el traslado; se ordene que las cosas se vuelvan al estado en que se encontraba y sin solución de continuidad; se le ordene a Porvenir S.A autorizar la devolución de la demandante del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y ponerlos a disposición de Colpensiones para que sea esta quien realice el proceso de validación de las cotizaciones. En primera instancia se declaró la ineficacia del traslado, se condenó a la AFP Porvenir S.A que traslade a Colpensiones todos los dineros que reposen en las cuentas de ahorro individual de la demandante, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de estos recursos; se ordenó a Colpensiones, a recibir de la AFP Porvenir S.A los valores aludidos en el numeral anterior y el deber reconocer y pagar a favor de la accionante la pensión de vejez. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si hay lugar a revocar la orden impuesta a Porvenir S.A.

TESIS: (...) 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; ...". (...) Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en lo que respecta a la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual efectuado por la demandante, y la orden dada a Porvenir S.A de trasladar a Colpensiones todos los dineros que reposen en las cuentas de ahorro individual de la demandante. (...) Y no hay lugar a absolver a Porvenir S.A del traslado de los conceptos apelados bajo el sustento que la demandante se trasladó inicialmente a Horizontes S.A. y la fusión con Porvenir S.A se presentó con posterioridad. Al respecto nos debemos remitir al art. 178 del C de Co, que reza: "Derechos Y Obligaciones De La Sociedad Absorbente". En virtud del acuerdo de fusión, una vez formalizado, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas. (...) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual (...) 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) (...) Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que: - adicionar la sentencia ordenándole a Porvenir S.A, trasladar a Colpensiones los descuentos por conceptos de Fogafín. (...) En lo que respecta a la orden dada a Porvenir S.A de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, ellos es, para el 28 de noviembre de 2026 al haber nacido el 28 de noviembre de 1966, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar. Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se revocará, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación. (...) En primera instancia se le ordenó a Colpensiones, procediera con el reconocimiento de la pensión de vejez, dado que la demandante cumplió 57 años de edad en el año 2023 al haber nacido el 28 de noviembre de 1966 y en la historia laboral aportada por Porvenir S.A con corte a octubre de 2022, extrajo que la demandante cuenta con un total de 1.692 semanas cotizadas con empleadores del sector privado; que al superar las 1.300 semanas exigido por el sistema general de pensiones, con lo que concluye que tiene derecho a la pensión de vejez y adoptó como fecha de causación el 28 de noviembre de 2023 al cumplimiento de los 57 años de edad. Que, al encontrar reportadas cotizaciones hasta la fecha de expedición de la historia laboral sin existir novedad de retiro, el disfrute debe operar desde que se acredite desde el retiro del sistema o desde la última cotización efectiva. (...)

M.P: 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 : HELINA MARGARITA ARANGO PEÑA
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.
Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-025-2022-00405-01
RADICADO INTERNO : 060-24
DECISIÓN : CONFIRMA, ADICIONA, ORDENA, REVOCA, Y ACLARA
ACTA NÚMERO : 081

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 la sustitución del poder que se allega al correo electrónico, por parte de la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA (representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS SAS), se reconoce personería jurídica para representar los intereses de Colpensiones, a la Dra. ANA MARIA PINEDA JARAMILLO, por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia del traslado de la demandante entre regímenes pensionales, realizada del ISS hoy Colpensiones a la sociedad PORVENIR S.A, dejando sin efectos el traslado,

se ordene que las cosas se vuelvan al estado en que se encontraba antes de la ineficacia del traslado y sin solución de continuidad.

Se le ORDENE a PORVENIR S.A autorizar la devolución de la demandante del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y devolver los aportes cotizados a dicho fondo privado, con sus respectivos rendimientos financieros y ponerlos a disposición de Colpensiones para que sea esta quien realice el proceso de validación de las cotizaciones.

Se le ORDENE a Colpensiones aceptar la devolución de la demandante y recibirla nuevamente como afiliada a fin de resolver su derecho pensional en aplicación de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de lo anterior se CONDENE a PORVENIR S.A y a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación de la Ley 100 de 1993 a partir del momento en que cumpla los requisitos legales, con el correspondiente retroactivo pensional e intereses moratorios; y se condene en costas procesales a las demandadas.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que la demandante nació el 28 de noviembre de 1966; fue afiliada al ISS desde el mes de febrero de 1986; que ha laborado en el sector público y privado como trabajadora dependiente por más de 32 años, un total de 1650 semanas a la fecha de la presentación de la demanda; que a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante ostentaba la calidad de empleada del sector privado y contaba con 27 años.

Que ala demandante la contactó una asesora de PORVENIR S.A para convencerla del traslado de fondo de pensiones, quien en forma deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante explicó los pormenores de la situación de la demandante sin explicarle que al cambiarse de régimen perdería las prebendas y la forma de liquidare la pensión en el ISS; le afirmó que el Régimen de Prima Media se iba a acabar, lo que le ocasionaría perjuicios en su futura pensión, por lo que lo indujo a firmar el traslado de fondo de pensiones sin información suficientemente, oportuna, clara, coherente, certera, debida y completa, omisión que genera un engaño; aseguró que el formulario de afiliación y traslado firmado por la demandante, está viciado de ineficacia al no existir consentimiento libre, espontáneo e informado, de manera suficiente, clara, coherente, precisa y con conocimiento concreto de la circunstancias. Indica que la asesora de PORVENIR S.A, violento del artículo

16 de la Constitución Política. Que el fondo de pensiones PORVENIR S.A fue omisivo por segunda vez, al no haberle dado una asesoría real, precisa concreta y completa al momento límite en que le faltaban 10 años para cumplir los requisitos para pensionarse.

Que la demandante cumplió los 57 años el 28 de noviembre de 2023 y contaba con 1.650 semanas, por lo tanto, al haber permanecido en el Régimen de Prima Media hubiera podido acceder a la pensión de vejez; que al haberse trasladado engañada y desinformada al RAIS le generó el perjuicio de haber perdido la posibilidad de pensionar a los 57 años, con una mesada pensional más alta y ajustada a su nivel de vida y a sus ingresos.

Que solicitó la proyección de la pensión de vejez en dicho régimen, siendo informado que con el dinero que tenía ahorrado en su cuenta de ahorro individual y con el IBL, le daba derecho a una mesada pensional de \$1.163.100; que lo anterior dista de mesada que hubiera recibido en el Régimen de Prima Media, porque al contar con un IBL de \$4.682.980 y una tasa del 80%, su mesada pensional fluctuaría entre \$3.746.384 y \$4.000.000.

Manifestó la demandante que sí PORVENIR S.A le hubiera informado las consecuencias del traslado y la modalidad de pensionarse jamás hubiera realizado el traslado. Que Colpensiones incurrió en inducción en error a la demandante y vició su consentimiento. Y el 21 de febrero 2022 la demandante elevó reclamación a Colpensiones por la ineficacia al traslado, por existir los servicios en el consentimiento, solicitó autorizar la devolución de la permanencia en la demandante en Colpensiones sin solución de continuidad, solicitando la devolución a PORVENIR S.A de los aportes cotizados con sus respectivos rendimientos y el reconocimiento de la pensión de vejez, los intereses moratorios, sin que se haya dado respuesta a la presentación de la demanda.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada PORVENIR S.A. en su contestación expuso que no le consta a la fecha de nacimiento de la demandante; que la demandante prestara servicios en el sector privado desde febrero de 1986; que haya laborado para el sector público y privado 32 años y haya cotizado 1650 semanas porque según historia laboral del 29 de noviembre de 2022, la demandante cuenta con 1.692 semanas cotizadas; tampoco le consta que a la vigencia de la Ley 100, ostentara la calidad de empleada del sector privado y que tuviera 27 años de edad para esa fecha; que su primer empleador la haya afiliado al ISS; no le

consta la fecha en que cumple la demandante los 57 años de edad ni que tenga 1.650 semanas; tampoco le consta si información dada por el fondo privado de su pensión en el RAIS, dista de la situación en caso de haber permanencia en el Régimen de Prima Media ni la mesada pensión que percibiría en Colpensiones, porque la demandante realiza una proyección de su eventual derecho pensional comparado con el Régimen de Prima Media, sin que PORVENIR S.A conozca los valores y demás variables que tuvo en cuenta; ni le consta si Colpensiones incurrió en inducción en error a la demandante y vició su consentimiento; no le consta la reclamación elevada el 21 de febrero de 2022. En relación con los hechos restantes dice que no son ciertos.

Se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Propuso como excepciones las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; restituciones mutuas; excepción genérica (expediente digital 07 y 09).

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda acepta la fecha de nacimiento de la demandante; que fue afiliada al ISS en 1986 y el traslado al Régimen de Ahorro Individual. No le constan los hechos restantes y señala que no le consta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron no el traslado, sino la selección libre y voluntaria de régimen pensional por parte de la demandante. Se opuso a una eventual condena y/o declaratoria de ineficacia de traslado, entre tanto, no existe vicio en el consentimiento alguno, ni mucho menos menoscabo a derechos fundamentales pues era del interés de la afiliada. Y Propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de ineficacia del traslado de fondo, prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas, compensación (expediente digital 08).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 18 de febrero de 2024, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual efectuado por la demandante el 26 de diciembre de 1997, entendiéndolo que para todos los efectos legales nunca se trasladó y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media hoy administrado por Colpensiones.

CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade a Colpensiones todos los dineros que reposen en las cuentas de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros, y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al Régimen de Prima Media, en caso de haberse ya redimido; y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales, debidamente indexados; así como los aportes al fondo de solidaridad pensional, en caso de que se hubiesen realizado, de la siguiente manera; a la demandante desde el 1º de febrero de 1998 y hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de estos recursos. Que, al momento de cumplirse dicha orden, los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante.

Le ORDENÓ a Colpensiones, a recibir de la AFP PORVENIR S.A los valores aludidos en el numeral anterior, y a incorporarlos como aportes pensionales efectivos en la historia laboral de la demandante; dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esa decisión, y sin perjuicio del traslado de los recursos por parte de la AFP demandada, Colpensiones debe reconocer y pagar a favor de la accionante la pensión de vejez, liquidación que deberá realizar teniendo en cuenta lo siguiente:

- Considerar la totalidad de las semanas cotizadas y liquidar el IBL conforme con los mecanismos de liquidación dispuestos el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando el que resulte más favorable; y la tasa de reemplazo que corresponda de acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 34 de la misma norma.
- El reconocimiento del retroactivo pensional es desde la fecha en que se reporte el retiro del sistema o desde la última cotización efectiva.
- Reconocer 13 mesadas para cada año.
- Indexar las mesadas pensionales retroactivas desde la fecha de su causación, hasta el momento de su pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE para cada fecha.
- Autorizó a Colpensiones efectuar los descuentos de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales ordinarias que reconozca por retroactivo pensional.

ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A. y a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante. Condenó en costas a PORVENIR S.A a favor de la demandante y sin costas a cargo de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la sociedad PORVENIR S.A apeló parcialmente la sentencia proferida frente a los rubros que se ordenaron retornar, por lo que solicita se revoque la orden de trasladar los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y la indexación ordenada.

Lo anterior, exponiendo que los gastos de administración cobijan el cumplimiento del art. 20 de la Ley 100 de 1993; que PORVENIR S.A ante la solicitud de vinculación de la parte actora, generó una cuenta de ahorro individual la cual era administrada y presentaron unos los rendimientos que fueron superiores a los exigidos por ley; se opone a su devolución, pues con ello se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones dado que a partir del año 1997 el Régimen de Prima Media no realizó la administración de esos recursos y no financiar una mesada pensional; además porque se generó la prescripción sobre ese rubro. Advierte que gastos de administración no fueron determinados con claridad, porque el traslado de la demandante se presentó ante HORIZONTE y su representada recibió a la accionante en virtud de un traslado de régimen pensional a partir del año 2002 y en ese sentido considera que no se puede considerar una devolución de conceptos siendo solo en el año 2013 que se presentó la fusión entre HORIZONTE y PORVENIR S.A pero dadas las circunstancias de ser un fallo a futuro, no fueron objeto ni parte de la fusión ordenada de las obligaciones y derechos de esa.

En segundo lugar, respecto los seguros previsionales, se opone a su traslado por ser obligaciones de tracto sucesivo, la entidad cumplió con la cobertura ante cualquier contingencia que se hubiera presentado por las prestaciones de invalidez y sobrevivencia al contratar a terceros ajenos de buena fe quienes prestaron dichas pólizas y su representada no obtuvo ninguna utilidad.

Igualmente se opone a la indexación ordenada pues al ordenarse la devolución de los rendimientos este concepto integra los frutos e intereses obtenidos durante la vigencia de la vinculación y con ellos se cubre a totalidad cualquier depreciación económica de la cuenta de ahorros de la demandante, pero conllevaría a una doble condena para PORVENIR S.A; solicita se tenga en

cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca en donde ya se hizo un pronunciamiento al respecto. Y se revoque la indexación porque los rendimientos superan con creces cualquier devaluación económica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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. Y resalta que la parte demandante tiene el deber de estar informada y cerciorarse de los servicios que desea contratar.

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

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

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

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

Por su parte, en lo que respecta a la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, con sustento en el arts. 964 y 1746 del Código Civil. Que en atención al principio de la congruencia de la sentencia Art. 281 del CGP, al no haberse discutido ni probado la mala fe de PORVENIR S.A., no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es Colpensiones”, los rendimientos financieros generados por la gestión adelantada. No se debe trasladar las primas de seguros porque el afiliado estuvo protegido; y como argumento para no acceder a las pretensiones de la demanda indicó que era la sentencia C 1024 de 2004.

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

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

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

La apoderada de Colpensiones expone la existencia de imposibilidad del traslado en virtud del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pero en caso de ser procedente la ineficacia, solicite se confirme la sentencia que ordenó a la AFP trasladar a Colpensiones, los saldos de la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, los porcentajes de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y del fondo de garantía

pensión mínima indexados y con cargo a sus propios recursos; y en caso de existir diferencias sea PORVENIR S.A. quien asuma los montos faltantes a satisfacción y equivalencia de la entidad, conforme las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019 y SL 2877 de 2020.

Y en el grado jurisdiccional de consulta, se le ordene a PORVENIR S.A. que a la ejecutoria de la sentencia normalice la afiliación de la demandante en el Sistema de Afiliación de Fondos de Pensiones SIAFP, realice la anulación a través del aplicativo MANTIS; y le ordene a la AFP el traslado de la información necesaria para realizar la imputación de aportes a la historia laboral, a través de la entrega del archivo con el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual. Y se le ordene a Colpensiones que dado lo anterior, actualice la historia laboral como afiliada de Colpensiones y se dé, el posterior reconocimiento de la pensión de vejez.

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 las cuotas de administración, prima de seguros previsionales y la indexación.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a PORVENIR S.A. a trasladar los descuentos por conceptos de Fogafín; iii) Si hay lugar a revocar la orden de trasladar el bono pensional; iv) Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez con base en las directrices dadas en primera instancia.

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 35 años de edad al haber nacido el 28 de noviembre de 1966 (fl. 49 expediente digital 01); cotizó al ISS del 7 de febrero de 1986 al 17 de agosto de 1997 (fls. 52 a 54); solicitó el traslado a HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A el 1º de enero de 1999 sin embargo en el historial de vinculaciones del SIAFP establece que la solicitud de traslado fue elevada el 26 de diciembre de 1997 (fls. 64 del expediente digital 01 y 76 del expediente digital 09) y se trasladó a PORVENIR S.A el 30 de diciembre de 2002 (fl. 65 del expediente digital 01).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que tiene 57 años; es enfermera docente; manifestó que su traslado se dio porque en la Clínica Ces donde trabajaba les dijeron que se debían pasar al nuevo régimen de pensión y todos hicieron caso y no les dieron especificaciones ni detalle; el formulario se le presentó un funcionario de la Clínica Ces; no hubo presencia en ese momento ni con posterioridad de un asesor de PORVENIR S.A y con posterioridad no asistió a una oficina para recibir información; después del cumplimiento de los 57 años no ha solicitado el reconocimiento de una prestación; antes de cumplir los 47 años no recibió asesoría; considera que es más favorable retornar al Régimen de Prima Media por compañeros que le manifestaron los inconvenientes para obtener la pensión; para 1997 no sabía que debía tener 1150 semanas para recibir la pensión, ni conocía la generación de rendimientos porque no recibió información porque la vinculación fue a través de los trabajos; en caso de fallecer no sabe qué pasa con los aportes; al momento de la afiliación no manifestó que estaba vinculada con otro fondo y no se negó a firmar el formulario porque al llegar a una institución le presentan los documentos que tiene que firmar para seguir con el proceso de vinculación a la empresa y se firma; no ha realizado reclamación a PORVENIR S.A; solicita el retorno a Colpensiones es por referencias de sus compañeros; en el año 2018 solicito proyección de mesada pensional y le dijeron que tenía un ahorro pensional; acepta que se encuentra laborando y realizó aportes en pensiones hasta el mes que cumplió los 57 años.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217, 782 de 2021 y SL 1465 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, y como juez constitucional en las sentencia STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PORVENIR S.A, no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, **cuando tomó la decisión de trasladarse a dicho fondo de pensiones**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad**

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

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) **y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto**, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. PORVENIR S.A aportó como pruebas: historial de vinculaciones del SIAFP, consulta de viabilidad, formulación de afiliación a HORIZONTE S.A. en 1999 y a PORVENIR S.A en el 2002, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación, respuesta a solicitud, comunicados de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020 (expediente digital 09), 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.**

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

*“Así pues, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar, se itera, si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, **dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (SL1688-2019).**” (Negrilla de la Sala)*

Adicionalmente no se acoge el argumento Colpensiones, porque la ineficacia del traslado puede ser declarada, aún en los eventos, en que el afiliado cuente con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en vista que con

esta declaratoria lo que se busca es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual¹.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual efectuado por la demandante el 26 de diciembre de 1997, y la orden dada a PORVENIR S.A de trasladar a Colpensiones todos los dineros que reposen en las cuentas de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros.

Y no hay lugar a absolver a PORVENIR S.A del traslado de los conceptos apelados bajo el sustento que la demandante se trasladó inicialmente a HORIZONTES S.A. y la fusión con PORVENIR S.A se presentó con posterioridad.

Al respecto nos debemos remitir al art. 178 del C de Co, que reza:

“DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE>. En virtud del acuerdo de fusión, una vez formalizado, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas. (...)”

En consecuencia, PORVENIR S.A en calidad de absorbente asumió de los pasivos de HORIZONTES S.A., lo que desvirtúa el argumento de la parte accionada PORVENIR 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 siguientes²:

¹ Sentencia 3034 de 2021 “Así mismo, es un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir SA en el año 2000, con lo cual, se desdibujó por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).”

² 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).”

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe 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 no hay lugar a revocar y tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020 al señalar:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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:

- ADICIONAR la sentencia ordenándole a PORVENIR S.A, trasladar a Colpensiones los descuentos por conceptos de Fogafín.

Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, ellos es, para el **28 de noviembre de 2026** al haber nacido el 28 de noviembre de 1966, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono

pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se REVOCARÁ, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

4. Pensión de vejez L 100 de 1993

En primera instancia se le ordenó a Colpensiones, procediera con el reconocimiento de la pensión de vejez, dado que la demandante cumplió 57 años de edad en el año 2023 al haber nacido el 28 de noviembre de 1966 y en la historia laboral aportada por PORVENIR S.A con corte a octubre de 2022, extrajo que la demandante cuenta con un total de 1.692 semanas cotizadas con empleadores del sector privado; que al superar las 1.300 semanas exigido por el sistema general de pensiones, con lo que concluye que tiene derecho a la pensión de vejez y adoptó como fecha de causación el 28 de noviembre de 2023 al cumplimiento de los 57 años de edad. Que, al encontrar reportadas cotizaciones hasta la fecha de expedición de la historia laboral sin existir novedad de retiro, el disfrute debe operar desde que se acredite desde el retiro del sistema o desde la última cotización efectiva. Con base en ello dio las directrices a efectos que la accionada liquidara la pensión.

Decisión que se Confirmará al estar demostrado:

- Que la demandante arribó a los 57 años el 28 de noviembre de 2023 dado que su nacimiento fue en el año 1966 (fl 49 del expediente digital 01)
- Para el mes de noviembre de 2022, la demandante tenía 1.692 semanas y para el mes de noviembre de 2023 superaba las 1.300 semanas requeridas en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 81 del expediente digital 09).

Debido a lo anterior, el demandante cuenta con los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, obteniendo el estatus de pensionado el 28 de noviembre de 2023, fecha de cumplimiento de los 57 años de edad, porque

fecha ya contaba con más de 1.300 semanas cotizadas. La causación de la pensión de vejez es desde el cumplimiento de la edad, toda vez que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas.

En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa. Y en este evento para el mes de noviembre de 2022 (fecha de generación de la historia laboral) no aparece reportada la novedad de retiro y pese que en el interrogatorio de parte se afirma que la última cotización fue realizada al cumplimiento de los 57 años, no existe prueba de dicha afirmación ni se conoce la fecha de la efectiva de última cotización.

En ese sentido Colpensiones deberá liquidar la pensión de vejez, ello es:

- Con base en los parámetros determinados en primera instancia, teniendo en cuenta el art. 21 de la Ley 100 de 1993, a efectos de hallar el IBL, bajo el entendido que a la demandante al 1º de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para el reconocimiento de la pensión de vejez. Y se de aplicación a la liquidación más favorable para la demandante.
- La tasa de reemplazo debe ser calculado con los parámetros del art. 34 de la Ley 100 de 1993.
- Como fecha de disfrute de la pensión, debe corresponder a la fecha del retiro o desde la última cotización en aplicación de lo establecido en el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5º.
- El derecho al reconocimiento de 13 mesadas al año se sujeta al Acto Legislativo 01 de 2005, en vista que la causación se generó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Igualmente hay lugar al reconocimiento de indexación del retroactivo pensional hasta el pago efectivo de la obligación, dado que el demandante no tiene porqué soportar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

En ese momento se deberá **ACLARAR** la sentencia de primera instancia, toda vez que se ordenó la indexación las mesadas pensionales retroactivas desde **la fecha de su causación**, lo que puede generar imprecisiones al momento del reconocimiento, debiéndose entender que la indexación se deberá reconocer **desde que se causa las mesadas que componen el retroactivo pensional** mes a mes y hasta el pago efectivo de la obligación.

Costas a cargo de PORVENIR S.A. en la suma de \$1.300.000 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: CONFIRMAR, la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENÁNDOLE** a PORVENIR S.A, trasladar a Colpensiones los descuentos por conceptos de Fogafín. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, debidamente indexado por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

TERCERO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a PORVENIR S.A que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

CUARTO: ACLARAR lo relacionado con la indexación del retroactivo pensional, debiéndose entender que la indexación se deberá reconocer **desde**

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-025-2022-00405-01
Radicado Interno 060-24

que se causa las mesadas que componen el retroactivo pensional mes a mes y hasta el pago efectivo de la obligación.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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



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 : HELINA MARGARITA ARANGO PEÑA
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.
Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-025-2022-00405-01
RADICADO INTERNO : 060-24
DECISIÓN : CONFIRMA, ADICIONA, ORDENA, REVOCA, Y ACLARA

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