

TEMA: / INEFICACIA DEL TRASLADO - provoca la restitución de las cosas a su estado anterior, por lo que debe ser plena y completa. /

HECHOS: La parte demandante solicita, declare la ineficacia o nulidad del traslado realizada por de la demandante de Colpensiones a Porvenir S.A; que la asegurada siempre ha estado afiliada al ISS hoy Colpensiones. En primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación inicial a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. de la demandante. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si hay lugar a revocar la orden impuesta a Porvenir S.A., de trasladar las cuotas de administración, prima de seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima indexados.

TESIS: (...) 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. (...) 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; ...”. (...) 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. (...) Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de la afiliación a AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y la orden dada de trasladar el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos. (...) 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). (...) 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. 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. (...) 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. (...)

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 : ANA LYDA CAMPO AYALA
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.
Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-026-2023-00147-01
RADICADO INTERNO : 074-24
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 079

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, DECLARE la ineficacia o nulidad del traslado realizada por de la demandante de Colpensiones a PORVENIR S.A; que la asegurada siempre ha estado afiliada al ISS hoy Colpensiones.

Se CONDENE a PORVENIR S.A a autorizar el traslado en pensiones y a trasladar a Colpensiones los aportes a pensiones con su respectivo rendimientos financieros y comisiones realizados por la demandante, debidamente detallados en los términos del convenio ISS - ASOFONDOS.

Se CONDENE a COLPENSIONES a aceptar el traslado en pensiones y a validar los aportes en pensiones trasladados por PORVENIR S.A e

incorporarlos a la historia laboral en pensiones de la asegurada. Y se condene en costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que la demandante nació el 21 de octubre de 1964; durante su vida laboral estuvo afiliada al ISS trasladándose posteriormente a PORVENIR S.A, fondo en el que se encuentra vinculada; el 27 de mayo de 2022 solicitó autorización de traslado en pensiones de la sociedad PORVENIR S.A hacia Colpensiones y el traslado de los aportes pensionales debidamente detallados, petición que fue rechazada y en la misma fecha le solicitó a Colpensiones, aceptar el traslado para regresar en pensiones de PORVENIR S.A, siendo la solicitud igualmente rechazada.

Manifiesta la demandante que el asesor de PORVENIR S.A no le brindó la información debida, acerca de las graves consecuencias de su traslado y por el contrario le manifestó que en el fondo privado se pensionaría mejor y anticipadamente, debido a los rendimientos financieros que produciría su cuenta ahorro individual, pero no le suministro información adicional consistente en el saldo que debe acreditar su cuenta ahorro individual a fin de obtener una pensión anticipada, por lo que la indujo en un error a efectos de producir su traslado de fondo, en consecuencia, su traslado estuvo viciado porque fue mediante información no es verás y desfavorece sus intereses.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda aceptó la fecha de nacimiento; la solicitud de traslado elevada a Colpensiones y la negativa. Lo relacionado con el derecho a declarar la nulidad del traslado, la consideró como una pretensión. No le constan los hechos restantes. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de carga dinámica de la prueba- particularidades del caso; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; improcedencia para decretar la ineficacia del traslado del régimen o inexistencia de la obligación; improcedencia de intereses moratorios; la legitimación en la causa por pasiva; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; inexistencia vicios en el consentimiento; devolución de cuotas y gastos de administración seguros previsionales rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados; buena fe Colpensiones; improcedencia de condena en costas y compensación (expediente digital 21).

La accionada PORVENIR S.A. en su contestación expuso que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante; la afiliación al ISS; la solicitud elevada a Colpensiones y a PORVENIR S.A. En relación con los hechos restantes, aseguró que no son ciertos y dijo que la accionada siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993. Como excepciones, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, excepción genérica (expediente digital 23).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 13 de marzo de 2024, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia de la afiliación inicial a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de la demandante.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. que, dentro del término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a Colpensiones, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos; condenó a PORVENIR S.A, para que en ese mismo término traslade con destino a Colpensiones las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Y le advirtió a PORVENIR S.A. que, al momento de cumplir la orden impartida, debía remitir a Colpensiones la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Le ORDENÓ a Colpensiones, que reciba las sumas que le sean giradas por PORVENIR S.A., las convierta a semanas efectivamente cotizadas por el demandante, la tenga por afiliada al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad desde la vinculación inicial, entendiéndose que tiene el término de 30 días para la reconstrucción de la historia laboral una vez recibidos los recursos correspondientes. Condenó en costas procesales a PORVENIR S.A en favor de la demandante. a Colpensiones no se reconoce derecho y obligación de pago de costas.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la sociedad PORVENIR S.A apeló parcialmente la sentencia proferida y se revoque las condenas impuestas a PORVENIR S.A

de manera indexada, aduciendo que la demandante tenía el deber de estar informada y cerciorarse de los servicios que desea contratar y en ese sentido debía indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, así como también, debía la obligación de exigir las explicaciones necesarias, precisas y suficientes que le posibilitarán la toma de decisiones informadas.

Considera improcedente la indexación, con fundamento en la sentencia C 00161 del 13 de mayo del 2010 y la sentencia SL 9316 de 2016; con base en ello y dado que dentro de las obligaciones de las AFP, se encuentran la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, es incompatible ordenar la indexación, porque con los rendimientos los dineros de la cuenta de ahorro de la demandante, no se han afectado por la inflación y por el contrario se han generado rendimientos. Aunado a lo anterior, advierte que se ordenó la devolución de los rendimientos financieros, el cual incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, y ese dinero sería excluyente con la indexación ordenada.

Frente al fondo de garantía de pensión mínima, en caso de declararse la ineficacia a partir de enero del 2003 dichos recursos son recaudados y administrados por los fondos privados en una cuenta especial destinada para tal fin hasta cuando la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizó que se utilicen para su destinación conforme se establece en el art. 4º del Decreto 832 de 1996; hace referencia al art. 7º ibidem, y concluye que condenar a PORVENIR S.A, trasladar aportes y rendimientos sin descontar las sumas relacionadas con los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, es un imposible jurídico porque se recompensa a Colpensiones a sabiendas que la gestión la hizo PORVENIR S.A; que las contingencias estuvieron cubiertas y PORVENIR S.A dio cumplimiento al artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones considera que no hay lugar a acceder a la ineficacia dado que está inmerso en los requisitos del art. 2º de la Ley 797 de 2003. Que se debe tener en cuenta el art. 1.603 del CC que indica que los contratos se deben de ejecutar de buena fe y con base a ese principio le queda imposible a la demandante solicitar la afiliación al ISS al haber expirado los

plazos establecidos en la legislación, ello es, la acción de rescisión y el año de gracia del Decreto 3800 de 2003; resalta que Colpensiones es un tercero de buena fe, que no puede desconocer la legislación vigente ni la propia voluntad y decisión de la afiliada; e invoca la inoponibilidad como mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera.

El apoderado de la parte demandante presenta escrito manifestando que se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda relacionados con la ineficacia del traslado por la falta del deber de información solicitando de esta forma se confirme la decisión de primera instancia.

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 viciado 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.

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 fondo de garantía de pensión mínima indexados.

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.

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 21 de octubre de 1964 (expediente digital 04); cotizó al ISS del 9 de octubre de 1992 al 1º de julio de 1999 (fls. 29 a 32 del expediente digital 21); solicitó el traslado a HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A el 29 de abril de 2003 según el historial de vinculaciones SIAFP y el formulario de afiliación (fl. 89 y 91 del expediente digital 23).

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 su vida laboral empezó trabajando con el Banco Colpatria en 1992, pasó al Banco Caja Social y de ahí trabajo hasta 1999, se retiró 3 años y volvió a trabajar en febrero de 2003, oportunidad en que empezó a trabajar con la Fundación Batuta y en ese momento una asesora le insistió para el traslado de fondo y en una asesoría individual en su casa, que el ISS se iba a acabar y ella iba a perder lo que había laborado, que para ese momento eran 350 semanas aproximadamente, le ofrecía una gran rentabilidad y lo que más le llamó la atención era que los aportes eran heredables; no recuerda si le explicaron la forma cómo se causaba la pensión en ambos regímenes pensionales; le hicieron la comparación de los regímenes pensionales porque era más beneficioso el Régimen de Ahorro Individual porque la rentabilidad era mayor, que la expectativa de la de pensión era superior; lo que más la motivó para el cambio era que el ISS se iba a acabar; no le hablaron del bono pensional; el traslado lo realizó en forma voluntaria y no la presionaron; estuvo de acuerdo con las condiciones que le informaron en ese momento; no sabía que se podía trasladar de fondo cada 5 años; no solicitó traslado antes de los 47 años; la motivación de traslado es porque tiene más conocimiento dado que

por su solicitud PORVENIR S.A. le dio asesoría en el año 2022 y le dijeron que la mesada pensional iba a ser de un salario mínimo cuando ella en los 10 últimos años ha cotizado sobre 10 salarios mínimos.

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., historia laboral consolidada, solicitud elevada por la demandante el 3 de noviembre de 2022, respuesta a solicitud con fecha del 21 de noviembre de 2022, detalle de análisis jurídico, comunicados de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020 (expediente digital 23), 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 declaración de la ineficacia de la afiliación a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y la orden dada de trasladar el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos.

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 desaguado 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 adocinado que tal declaración obliga

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

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).”

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.

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 Veintidós 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 indexados por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

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

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-026-2023-00147-01
Radicado Interno 074-24



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	: ANA LYDA CAMPO AYALA
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-026-2023-00127-01
RADICADO INTERNO	: 074-24
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/162> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 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