

TEMA: / INEFICACIA DEL TRASLADO - 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 de todo lo que se percibió por causa del traslado. /

HECHOS: La parte demandante solicita se declare la nulidad del traslado inicial o ineficacia del mismo que se realizó desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A, y como consecuencia, se ordene a Colpensiones a recibir el capital acumulado y actualizado de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, y se ordene a Porvenir S.A a posibilitar la afiliación válida a dicha entidad. En primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

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 de información que existe desde 1994, esto es permitir 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. (...) La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Porvenir S.A sólo solicitó el interrogatorio de parte el cual se decretó y practicó en debida forma sin esta fuera una prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicha entidad en el año 1994, sin que le haya 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, 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 genera que se haya violentado 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 del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la parte demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses. (...) 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. (...) 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 (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)." (...) Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se confirmará la decisión de primera instancia; sin embargo, se adicionará la sentencia, en el sentido que, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a Colpensiones debidamente indexados. (...)

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	: LUIS HORACIO RIOS CHICA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-027-2023-00270-01
RADICADO INTERNO	: 080-24
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 099

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 el grado de consulta a favor de Colpensiones, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se **DECLARE** la nulidad del traslado inicial o ineficacia del mismo que se realizó desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A, y como consecuencia, se **ORDENE** a Colpensiones a recibir el capital acumulado y actualizado de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, y se **ORDENE** a Porvenir S.A a posibilitar la afiliación válida a dicha entidad y se condene en costas a las demandadas.

Nació el 23 de abril de 1963 por lo que cuenta con 60 años de edad a la presentación de la demanda, y con ocasión de ingreso a la vida laboral en 1985 fue afiliado al Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, y, posteriormente, ante una indebida asesoría se trasladó al régimen de ahorro individual a Porvenir S.A, y precisa que para dicho traslado se le dio una asesoría grupal donde una asesora de la AFP se presentó en junio de 1994

en el lugar del trabajo y le manifestaron las bondades y beneficios del traslado, pero nunca le informaron acerca de las consecuencias adversas que implicaba el mismo por lo que se omitió el deber de información de brindar una información clara, completa, comprensible y suficiente, pues indica que de haber recibido dicha información no se hubiese trasladado; que además en respuesta entregada por Porvenir el 16 de noviembre del 2022 se le realiza una proyección pensional informando que al cumplir el requisito de la edad tendría derecho a la garantía de pensión mínima lo cual afecta gravemente sus intereses económicos y la congrua subsistencia de su grupo familiar.

Agrega que su pensión en el régimen de prima media sería mucho mayor y que ha solicitado ante las accionadas información sobre el procedimiento surtido en su caso puntual, una proyección de tales condiciones y probabilidades pensionales, y en ese mismo sentido ha reclamado la posibilidad de retorno hacia el régimen de prima media, y manifiesta que dichas peticiones han sido resueltas de forma parcial sin brindar una asesoría puntual pues apenas se limitan a firmar una debida y completa asesoría negándose por lo demás a la posibilidad de trasladarse de régimen por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que no acepta ninguno de los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de buena fe, Ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, Aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción, compensación, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta manifestó que es cierto que el demandante nació el 23 de abril de 1963, que cuando ingresó su vida laboral en el año 1985 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, y acepta además el traslado que realizó al RAIS. Frente a los demás hechos indicó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de nulidad de traslado o ineficacia del traslado, inexistencia de la obligación de aceptar la vinculación al régimen de prima media con

prestación definida administrado por Colpensiones, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - art. 48 de la constitución política, prescripción, compensación, buena fe, imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 26 de febrero de 2024, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado en el año 1994, por el señor LUIS HORACIO RIOS CHICA, del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES EICE al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

ORDENÓ a PORVENIR S.A., a que en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, proceda a DEVOLVER los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

ORDENÓ además a PORVENIR S.A para que traslade de forma indexada los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, al régimen de prima media con prestación definida, y precisó que al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Deberá PORVENIR S.A., normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP.

Indicó que en caso de que se haya redimido el bono pensional tipo A de la parte demandante, corresponderá a la AFP PORVENIR S.A., y deberá adelantar los trámites tendientes a la anulación del bono y devolverá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público las sumas recibidas por dicho concepto, debidamente indexadas.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a reactivar en forma inmediata la afiliación del señor LUIS HORACIO RIOS CHICA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra, sin solución de continuidad y recibir todos los dineros que le sean trasladados por PORVENIR S.A., realizando la respectiva actualización de la historia laboral.

CONDENÓ en costas a cargo de la demandada PORVENIR S.A y fijó como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de Porvenir S.A interpuso recurso de apelación manifestando que en este caso no existían razones para acceder a la petición de declaratoria de ineficacia dado que de acuerdo a lo probado en el proceso se pudo extraer que el demandante de forma libre y voluntaria se trasladó a Porvenir en el año 1994, y que si bien el juez en sus consideraciones manifiesta que no fue probado el suministro del deber de información considera que para el momento en que se dio el traslado no existía ninguna norma jurídica que obligara a la entidad a guardar un soporte documental de forma estricta o escrita con relación a la información que se le brindaba para el momento al afiliado, y por lo tanto, es claro que sí se está obligando en el proceso aportar prueba distinta al formulario de afiliación es una carga probatoria de imposible cumplimiento dado que Porvenir no cuenta con este reporte documental por cuanto ninguna norma así se lo exigía.

Por otro lado considera que el formulario de afiliación al ser un documento que ha revisado y aprobado por la superintendencia financiera es válido para efectos de acreditar que el demandante si tenía la voluntad de pertenecer a Porvenir y de seguir afiliado durante todo el tiempo a dicho fondo dado que no se puede advertir que durante todo este tiempo desde el año 1994 haya siquiera radicado algún tipo de queja o inconformidad relacionada con su afiliación o con la permanencia en el mismo; que además es claro que obra en el expediente un comunicado que Porvenir remitió al demandante en el cual se le ponía de presente que era necesario que recibiera una asesoría personalizada porque estaba próximo a entrar en esa edad límite para trasladarse de régimen pensional, sin embargo, el demandante no cumplió con su carga de tener actualizado las direcciones en las cuales el fondo

debía contactarlo, y que por lo tanto, no es una negligencia que se le puede atribuir hoy a dicha sociedad.

Así mismo hace énfasis en que Porvenir hace campañas masivas para que los consumidores financieros y le puso de presente al demandante se le puso el presente todos los canales de comunicación con los que cuenta la entidad y no se puede advertir que el mismo haya hecho uso de los mismos.

Que por lo anterior también debe ser revocada la condena de devolver a Colpensiones los dineros recibidos con motivo de la afiliación del demandante pues en virtud de la validez de la afiliación no hay lugar a que se traslade ningún tipo de concepto a Colpensiones, sin embargo, indica que si eventualmente se deja en firme el numeral primero de la sentencia solicita que se revoque específicamente la condena de trasladar las cuotas de administración, los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, toda vez que los gastos de administración es claro que son sumas que en su momento se destinaron para prestar un servicio por parte del fondo, es decir, que Porvenir descuenta estas sumas para pagar un servicio que consistía en invertir los recursos para incrementar el capital ahorrado a través de los rendimientos financieros, y es claro que estos descuentos eran autorizados legalmente, y por ende, al ser descuentos que ya cumplieron con una finalidad que era pagar este servicio o esta gestión claramente no se pueden devolver a Colpensiones porque ya no están en el patrimonio de Porvenir, en el caso de los seguros previsionales indica que también se usaron para trasladarlos a una aseguradora que es un tercero para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivientes.

Que además dicho dinero ya no hace parte de Porvenir y el demandante se benefició de ellos; también solicita sea revocada la indexación pues indica que si bien el juez manifiesta que lo que se busca es resarcir todo el detrimento monetario que va teniendo los conceptos en el tiempo, lo cierto es que este detrimento se encuentra cubierto por los rendimientos financieros que también se están ordenando trasladar, y por lo tanto, ordenar el traslado de rendimientos más la indexación es una doble condena y un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones; por último solicita se ha revocada la condena en costas dado que Porvenir siempre ha obrado de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir presenta alegatos de conclusión y señala con respecto a la ineficacia del traslado que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

Que la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Que, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran

en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

Que además toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y que por lo tanto se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Así mismo indica que no debe ser condena en costas por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe.

Colpensiones solicita no se acoja la sentencia de primera instancia y manifiesta que para la declaratoria de la ineficacia del traslado se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema, y en caso de que se confirme la sentencia solicita tener en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la demandante y la AFP PRIVADA, y que por ello no debe haber condena alguna para Colpensiones, y solicita ORDENAR a los fondos a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

Solicita que adicional a la devolución de todos los aportes, la AFP PRIVADA, reporten también los archivos planos idóneos ante ASOFONDOS para el respectivo cargué de las historias laborales de quienes se trasladan bajo esta modalidad, toda vez que Colpensiones requiere verificar dicha información y estos reportes son enviados tiempo después de la devolución de los aportes, imposibilitando así, el cumplimiento a cabalidad de lo ordenado judicialmente.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar según el recurso interpuesto y la consulta a favor de Colpensiones: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, los dineros de la cuenta de ahorro individual, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 31 de octubre de 1985 según consta en la historia laboral aportada por Colpensiones, y se trasladó a la AFP Porvenir S.A de forma efectiva a partir del 01 de Julio de 1994, (fls 83 PDF 12).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se trasladó a Porvenir a mediados de junio de 1994 donde los llamaron a todo el personal que trabajaban en la empresa Puertas Universal porque les iban a dar una asesoría para cambiarse del seguro social a un fondo privado, que fue una muchacha quien les hablo por espacio de más de una hora donde les hablaba de los beneficios de pasarse de fondo de pensiones ya que el seguro social tendía a desaparecer, que le dijeron que los beneficios del traslado era pensionarse más joven y con un mejor salario, que no le hicieron ningún cálculo de cómo iba a ser la pensión en Porvenir, que no le dijeron que requisitos debía cumplir para tener una pensión a menor edad, que le dijeron que ellos hacían la diligencia para trasladar el bono pensional,

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

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

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

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

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 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y

desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Porvenir S.A sólo solicitó el interrogatorio de parte el cual se decretó y practicó en debida forma sin esta fuera una prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicha entidad **en el año 1994**, sin que le haya 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, 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 genera que se haya violentado 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 el traslado realizado por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente**.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la parte demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

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 siguientes:

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 RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; 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.

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ 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 Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo **7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016**; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

*definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales **y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”*

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a **Colpensiones** debidamente indexados.

Costas a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.300.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

Por lo mencionado lo legal y pertinente será, REVOCAR, ADICIONAR Y CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.300.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO: 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 FLOREZ SAMUDIO

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-027-2023-00270-01
Radicado Interno 080-24



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	: LUIS HORACIO RIOS CHICA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-027-2023-00701-01
RADICADO INTERNO	: 080-24
DECISIÓN	: ADICIONA, 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