

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: MARIA LUCILA MENDEZ RAMIREZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00074-01
RADICADO INTERNO	: 156-22
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 192

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, 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.

Se reconoce personería a la Dra, EDILMA HERNÁNDEZ TORRES, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado por cumplir con los requisitos del artículo 75 y ss del C.G.P.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE que el acto del traslado del RPM al RAIS efectuado por la parte demandante es nulo e ineficaz y que tiene derecho a trasladarse al RPM y como consecuencia se ORDENE a las demandadas para que autoricen el traslado a Colpensiones y a PORVENIR S.A el traslado de los aportes que haya efectuado a dicho fondo con los rendimientos y se ORDENE a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez una vez cumpla la edad.

Como supuestos facticos manifestó que ha laborado el servicio de varias empresas en la ciudad de Medellín y estuvo afiliada al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones hasta enero de 1995 fecha para la cual tenía cotizadas 450 semanas en el régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al régimen de ahorro individual a Porvenir desde enero del 95 sin contar con la información suficiente que avalara dicha decisión, que en la actualidad se encuentra válidamente afiliada a Porvenir SA y ha solicitado a las demandadas su traslado a Colpensiones y ambas administradoras anegado el traslado solicitado.

Que estando afiliada en el régimen de prima media puede acceder a la pensión de vejez con 57 años y 1300 semanas con un 80% del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años o el promedio de toda la vida laboral. Qué los asesores del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S A no le brindaron información debida acerca de las consecuencias del traslado pues siempre le manifestaron que se pensionaria mejor qué en el instituto de seguros sociales y que se pensionaria anticipadamente, incluso antes de la edad debido a que los rendimientos financieros que produciría su cuenta de ahorro individual eran mejor que en el instituto de seguros sociales precisando además que no se le informó oportunamente cuando le faltaban 10 años para solicitar su traslado por última vez.

Qué en ningún momento le suministraron información adicional consistente en el saldo que debía tener acreditado en su cuenta de ahorro individual con el fin de obtener una pensión anticipada y no se le suministra información adecuada suficiente y cierta para que su traslado estuviera precedido de una libertad informada la cual nunca sucedió. Que en respuesta a derecho de petición elevado a Porvenir S.A procedió a proyectar la pensión de la demandante en ambos regímenes y obtendría en el RPM una pensión superior que, en el RAIS, (RPM: \$2.455.800 y en el RAIS, \$1.343.300).

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la fecha de afiliación y las semanas cotizadas en el ISS, la fecha en que se trasladó a PORVENIR S.A, y que en la actualidad se encuentra afiliada a dicha entidad y que ha solicitado el traslado obteniendo respuestas negativas, frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la totalidad de las

pretensiones y propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la ineficacia del traslado a la AFP PORVENIR S.A, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP porvenir ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes y cuotas de administración debidamente indexados, buena fe, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas

RESPUESTA DE PROTECCION S.A

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que no le constan los hechos de la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

RESPUESTA DE PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la afiliación a dicha entidad, y no acepta los demás hechos, se opone a la prosperidad de todas las pretensiones.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 07 de junio de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la ineficacia de la afiliación que la demandante María Lucila del Socorro Méndez Ramírez realizó del instituto de seguros sociales hoy Colpensiones inicialmente a la AFP Colmena hoy Protección S.A. así como las posteriores realizadas a las AFP Colpatria y horizonte hoy Porvenir y en consecuencia indicó que se genera el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones

entendiéndose que estuvo afiliada la demandante a dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad. ORDENÓ a PORVENIR SA qué en virtud de la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación de la demandante devuelva Colpensiones en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con los rendimientos, gastos de administración, pagos de seguro reaseguro y pagos al fondo de garantía de pensión mínima qué se hubieran causado durante la filiación, precisando que dicho retorno debe hacerse en equilibrio y a satisfacción de Colpensiones. ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. remita a Colpensiones en el término de treinta días siguientes a la ejecutoria de la providencia los gastos de administración y pagos de seguros y reaseguros y pagos al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados desde la fecha de afiliación hasta el momento del pago con motivo de la afiliación de la demandante entre el 28 de noviembre de 1994 y el 01 de noviembre de 1996.

ORDENÓ a Colpensiones para que permita el traslado de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida conservando los beneficios que la cobijan al momento de su traslado de régimen, actualizando el histórico laboral de aportes y brindando las garantías de la filiación, asimismo precisó que una vez la demandante acredite el retiro del sistema deberá realizar el estudio de la pensión de vejez bajo los postulados de la ley 100 y demás normas concordantes. CONDENO en costas a PROTECCION S.A en la suma de \$2.000.000 y a PORVENIR S.A en la suma de \$1.500.000 a favor de la demandante y no condenó en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A interpone recurso de apelación manifestando que la demandante no está en la posibilidad de trasladarse de régimen conforme a lo establecido en el artículo 2° de la ley 797 del 2003 por faltarle menos de 10 años para pensionarse y que además se evidencia que la demandante está solicitando la ineficacia del traslado de régimen pensional con fundamento en el no cumplimiento de la expectativa pensional conforme quedó establecido en el interrogatorio de parte y que adicionalmente ello es

una causa no contemplada dentro del artículo 271 de la ley 100 de 1993 motivo por el cual tampoco podría acogerse el argumento de la mera expectativa pensional como óbice para declarar ineficacia del traslado que la demandante solicita sustentándola en una supuesta falta información al momento del traslado de régimen pensional, y que además se debe tener en cuenta las normas vigentes para el momento del traslado estando vigente para dicha época el artículo 97 del decreto 663 de 1993 respecto del cual dicha entidad si estaba en la obligación de brindar una información clara, completa y comprensible respecto de los dos regímenes pensionales a la demandante pero esto de manera verbal por lo que no estaba en la obligación de brindar la información entregando documento distinto al formulario de afiliación en cumplimiento además del artículo 15 del decreto 656 de 1994 por lo que indica que no se puede obligar a dicha entidad a que allegue documentos inexistentes toda vez que esta es una obligación que surgió para el año de 2014 con la entrada en vigencia la ley 1748 del 2014.

Qué de considerarse qué la declaratoria de la ineficacia como sustento en la falta de documentos que acrediten la información suministrada se estaría faltando a la inversión de la carga de la prueba en el sentido de que solamente se está considerando en el proceso los documentos allegados al mismo y no se está teniendo en cuenta al interrogatorio de parte teniendo en cuenta que en este si se observa que la demandante incurre en manifestaciones contrarias al escrito de demanda e incluso se contradice reiteradas veces dentro del mismo interrogatorio de parte en manifestaciones tales como que ella primero no recibió ningún tipo de información cuando después se observa en el escrito de demanda que se manifiesta haber recibido información, que ya después manifiesta que ella no recuerda nada de lo que se dijo en la asesoría de Colmena para el año 1994 puesto que esta era una que se brindaba de carácter verbal en un auditorio con unos compañeros de trabajo pero que ella no recuerda nada y después de manera tajante sí manifiesta que no se le brindó información específica como los rendimientos o características del régimen de ahorro individual.

Por lo anterior solicita se haga un estudio de la prueba en concreto toda vez que no se puede deducir que la demandante no recuerde o manifieste hechos contrarios al escrito de demanda no se le haya brindado la información debida pues lo que si se está generando es una duda respecto al deber de información

suministrada en el año 1994 por Colmena y se está haciendo un uso abusivo de la inversión de la carga de la prueba.

Respecto a la devolución de dineros indica que no hay una posibilidad de declarar la devolución de gastos de administración, seguro previsional y fondo de garantía de pensión mínima teniendo en cuenta que también en el régimen de prima media se destina un porcentaje de la cotización a financiar estos gastos de administración, precisando que la superintendencia financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020 manifestó que en el evento en que surgiese la ineficacia del traslado en este tipo de procesos los únicos dineros que se deberían retornar con destino al régimen de prima media son las cotizaciones y los rendimientos que son los dineros llamados a financiar la prestación de vejez, por lo que no se hace mención en parte alguna los gastos de administración o a sumas de dinero adicionales, indicando además que la devolución de esta suma a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa en la medida en que no hay una norma que disponga tal devolución y por el contrario el artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993 dicen que cuando hay un cambio de régimen pensional los únicos dineros que se deben de trasladar a Colpensiones son las cotizaciones y rendimientos por lo que dichos conceptos pertenecen a la demandada por la excelente gestión.

Solicita además declarar la prescripción sobre los gastos de administración y demás sumas adicionales teniendo en cuenta que estos no están destinados a financiar la prestación de vejez y no le pertenece a la demandante, motivo por el cual no se puede predicar la característica de imprescriptible cómo si lo goza el derecho a la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia indicando que no es procedente el traslado de régimen por faltarle menos de 10 años para pensionarse, y que, si la declaratoria de la ineficacia se basa en un error, los mismos deben de ser probados. Que además en el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con el interrogatorio a la demandante, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, y la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al Régimen de ahorro individual

no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que, han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y más aún que no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado. Que tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedó probada mala fe por ninguna de las partes, pero la buena fe solo se le reconoce a la parte actora existiendo claramente un vacío en la decisión adoptada por el Juzgado en primera instancia.

Que la demandante es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del código civil, ya que en el plenario no se acreditó lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por el legislador para las personas verdaderamente perjudicadas.

Que si el despacho considera procedente la teoría de la ineficacia concedida por el a quo, solicita ordenar a la AFP PORVENIR S.A proceda a retornar a satisfacción y equivalencia de COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que con ocasión del traslado del demandante recibió y que actualmente integra la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros, debiendo incluirse en el retorno, las cuotas de administración, los gastos o pagos de seguros y reaseguros y los pagos destinados a la conformación de la pensión de garantía mínima, estos tres últimos deben retornasen de manera indexada desde el momento en que se causaron hasta el momento del pago a Colpensiones. Lo anterior dentro de un término judicial de treinta (30) días hábiles, esto es, en caso de existir diferencias al momento en que Colpensiones valide la historia laboral del demandante sean las AFP codemandada, PORVENIR S.A quien asuma los montos faltantes de su propio patrimonio si es el caso.

Que reconocerle cualquier prestación económica a futuro a la demandante sin que COLPENSIONES reciba a satisfacción y equivalencia los aportes que realizó en el RAIS, se estaría desconociendo el principio de sostenibilidad

financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, principio desarrollado por el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 y artículo 334 ibidem. Por consiguiente, la estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general, lo que pondría en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Aunado a lo anterior solicita que de confirmar la decisión de instancia adicione al numeral 2 de la sentencia en cuanto al traslado de recursos que ordenó el Juez en el numeral 1 de la sentencia por parte de Porvenir a Colpensiones, estos deberán aparecer, discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizados de los ciclos, aportes y demás información relevante que lo justifique, tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral en sentencias, SL 3349 del 2021 radicación 88826 del 28 de julio de 2021, y en Sentencia SL 3710 del 18 de agosto 2021

El apoderado de Porvenir S.A presenta alegatos manifestando que No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de

régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Que partiendo de lo anterior, en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso por cuanto el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. En lo demás reitera los argumentos ya expuestos en el recurso de apelación interpuesto.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, 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, y si las mismas deben trasladarse de forma indexada, y si los conceptos de los cuales se ordenó el traslado a Colpensiones deben ser devueltos con la respectiva equivalencia.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante inició sus cotizaciones en el ISS hoy Colpensiones desde el 24 de septiembre de 1985, (fls 37 del expediente digital), y se trasladó a la AFP COLMENA hoy Protección S.A de forma efectiva a partir del 28 de noviembre de 1994, a HORIZONTES Hoy PORVENIR S.A a partir del 01 de enero de 1997, (fls 143 del expediente digital).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que al momento de trasladarse a Colmena y Protección S.A estaba muy joven y les daban una información colectiva donde la empresa era la que designaba en ese momento a que fondo de protección quedaban afiliados y que como estaba tan joven no atendida sino que se acogía a los parámetros que la empresa le daba y ella consideraba que estaba bien, que la asesoría que recibió fue grupal y no recuerda bien si fue Colmena porque simplemente llegaron unas personas a afiliarlos, que no le explicaron las diferentes del RPM, y el RAIS, que no le informaron el derecho de retracto porque solo le dieron una información colectiva y no recuerda detalles pues indica que eso fue hace muchos años. Que la asesoría grupal duró entre 15 y 20 minutos. Que no le informaron acerca de los rendimientos financieros y que el dinero de los aportes iba a una cuenta de ahorro individual, que lo único que recuerda es que le hablaron de generalidades, pero no recuerda detalles de dicha asesoría.

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 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.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada COLMENA hoy Protección S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de vincularse a dicha entidad, 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 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 la afiliación inicial realizada 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 trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por el 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.

La orden 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)”*

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.

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.”

En lo que respecta la solicitud realizada en los alegatos de conclusión por Colpensiones relacionados con que COLPENSIONES debe recibir a satisfacción y **equivalencia** los aportes que realizó en el RAIS, entiende la Sala que dicha solicitud va dirigida a que el traslado de los aportes que se realice del RAIS a Colpensiones deban realizarse con la equivalencia que hubieran obtenido en el RP, sin embargo considera la Sala que dicha petición no tiene vocación de prosperidad toda vez que, con la ineficacia declarada se ordena la devolución de todos los dineros y aportes realizados por el afiliado, incluidos los deducidos por cuotas de administración, los de garantía de pensión mínima y los destinados a seguros previsionales, además que por naturaleza en el RAIS el rendimiento de los aportes es mucho mayor que los que se generan en el RPM, con lo que se lograría equiparar e incluso superar los aportes de este régimen.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada 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 **02 de enero de 2025** al haber nacido el 02 de enero de 1965, 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.

Ahora, respecto de la solicitud realizada por el apoderado de Colpensiones en los alegatos de conclusión relativa a que se adicione la sentencia en cuanto al traslado de recursos que ordenó el Juez en el numeral 1 por parte de Porvenir a Colpensiones, indicando que estos deben aparecer, discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizados de los ciclos, aportes y demás información relevante que lo justifique considera la Sala que es innecesaria dicha adición pues con la orden impartida en la sentencia de primera instancia ha quedado claro cuales conceptos deben ser trasladados producto de la ineficacia del traslado declarada.

Sin embargo, conforme lo ha ordenado la CSJ entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **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.**

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser, ADICIONADA, REVOCADA Y CONFIRMADA, según lo descrito.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, respecto a la orden dada de devolver el bono pensional, precisando que, 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.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **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**, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-004-2019-00074-01
Radicado Interno 156-22

QUINTO: 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



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



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	: MARIA LUCILA MENDEZ RAMIREZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00074-01
RADICADO INTERNO	: 156-22
DECISIÓN	: REVOCA, 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/126> 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 05 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 05 de agosto de 2022 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO