

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, doce (12) de octubre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE : LUIS OSWALDO ALDANA TRIANA
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-005-2022-00142-01
RADICADO INTERNO : 241-22
DECISIÓN : ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 267

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.

De conformidad con el poder especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.; y el certificado de existencia y representación de la sociedad en mención, en el que se certifica que *“Por Documento Privado del 23 de agosto de 2022, inscrito el 26 de agosto de 2022, con el No. 02872678 del libro IX, de conformidad con el artículo 75 de la Ley 1564 de 2012 (Código General de Proceso) fue inscrito para que actúe como representante de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S en los procesos judiciales en los que esta última sea designada como apoderado de parte a: ... Octavio Andrés Castillo Ocampo (...), por cumplirse*

los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, como pretensiones principal, se DECLARE ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad PORVENIR S.A., que conllevó el traslado de régimen, al no estar precedida de la información suficiente y documentada bajo los criterios de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, siendo algunas de las sentencias enunciadas, la SL 31.989 de 2008, SL 12136 de 2014, SL 731, SL 3676 de 2020, entre otras; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante, Régimen de Prima Media, a partir del 28 de julio de 1982.

Se CONDENE a PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes que el actor efectuó al Régimen de Ahorro Individual con sus respectivos rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración, comisiones y seguros previsionales, entre otros, trasladado de esta manera el valor total del aporte en pensión realizado por el demandante durante todo el tiempo en que efectuó cotizaciones a dicho fondo de pensiones; se condene a PORVENIR S.A., a pagar la diferencia que existen entre los aportes que el demandante realizó en dichos fondos de pensiones y los que debió realizar a la Colpensiones, en caso de que exista diferencia alguna.

CONDENAR a Colpensiones, a recibir los aportes como consecuencia de la ineficacia del traslado y reactivar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media como cotizante activo; se condene a cargar y corregir la historia laboral del demandante una vez reciba de PORVENIR SA, los aportes, rendimientos, comisiones y demás emolumentos económicos con ocasión al traslado de régimen que se declare judicialmente, y en consecuencia a emitir una nueva historia laboral en la que se evidencie la totalidad de semanas cotizadas, en toda su vida laboral tanto en el Régimen de Ahorro Individual como en el Régimen de Prima Media, incluyendo los aportes en pensión trasladados por los fondos privados con ocasión a la ineficacia del traslado. Y se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales.

Como pretensión subsidiaria, solicita se DECLARE LA nulidad de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A., que conllevo al traslado de régimen pensional a mi poderdante, toda vez que esta carece de validez por existir vicio en el consentimiento del afiliado, así mismo por falta de los requisitos legales de que dan cuenta los artículos 1508, 1510, 1511, 1741, 1743 y 1746 del Código Civil, y los artículos 13, 271 y 272 de la ley 100 de 1993; se declare valida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del accionante al Régimen de Prima Media a partir del 28 de julio de 1982.

Se CONDENE a PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes efectuados por el demandante Régimen de Ahorro Individual junto con los respectivos rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración, comisiones y seguros previsionales, entre otros, trasladado de esta manera el valor total del aporte en pensión realizado por el actor durante todo el tiempo en que efectuó cotizaciones; se condene a PORVENIR S.A., a pagar la diferencia que existen entre los aportes realizados por el accionante y los que debió realizar a Colpensiones, en caso de que exista diferencia alguna.

CONDENAR a Colpensiones a recibir los aportes como consecuencia de la nulidad de la afiliación y reactivar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media, como cotizante activo; a que Colpensiones cargue y corrija la historia laboral, una vez de PORVENIR SA reciba los aportes, rendimientos, comisiones y demás emolumentos económicos con ocasión al traslado de régimen y emita nueva historia laboral. se condene a las demandadas al pago de costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, expone que nació el 28 de julio de 1961; se afilió al ISS el 21 de julio de 1982 y allí cotizó hasta el 31 de octubre de 1998; el demandante cuenta con un total de 833.71 semanas cotizadas exclusivamente al ISS; se trasladó al Régimen de Ahorro Individual el 2 de septiembre de 1998; el actor cuenta en toda su vida laboral un total de 2010 semanas cotizadas; el traslado realizado a PORVENIR SA, porque el asesor le manifestó que podría acceder a la pensión a cualquier edad y con mayor mesada pensional, pero omitió informar las condiciones y características del cambio de régimen pensional. La sociedad PORVENIR S.A,

indujo en error al demandante, toda vez que no le suministró una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional. El actor solo plasmó su firma en el formulario de afiliación sin que él lo haya diligenciado. El 29 de noviembre de 2021 le solicitó a Colpensiones la afiliación a dicho régimen, lo cual fue negado en oficio del 29 de noviembre de 2021 aduciendo que se encontraba a menos de diez años para pensionarse; en la misma fecha solicitó a Colpensiones la ineficacia de la afiliación, la cual fue negada en oficio del 3 de diciembre de 2021; igualmente, solicitó la declaratoria de ineficacia del traslado a PORVENIR S.A. la cual fue negada en comunicación del 20 de diciembre de 2021 y en la misma oportunidad le realizó la proyección de la mesada pensional. Al realizar la proyección de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media, la mesada sería superior a la de PORVENIR S.A..

RESPUESTAS DEMANDA

Colpensiones en su contestación se aceptó la fecha de nacimiento; la afiliación al ISS; el periodo cotizado en dicho régimen de pensiones; el total de semanas cotizadas en el ISS; las solicitudes elevadas por el demandante a Colpensiones y las respuestas dadas. Que no le constan los demás hechos. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (expediente digital 13).

La sociedad PORVENIR S.A. manifiesta en su contestación, que no le consta la fecha de nacimiento; la afiliación al ISS; el periodo cotizado en dicho régimen de pensiones; el total de semanas cotizadas en el ISS; el lugar donde laboraba al momento del traslado de régimen pensional; las solicitudes elevadas por el demandante a Colpensiones y las respuestas dadas. En relación a los demás hechos dijo que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 15).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 22 de agosto de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado del demandante, del Régimen de

Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento del demandante al momento de afiliarse al régimen administrado por PORVENIR S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria, tal como se indicó en la parte motiva de esta sentencia; declaró que la afiliación al Régimen de Prima Media del accionante, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculado al Sistema General de Pensiones.

CONDENÓ a PORVENIR. S.A., que dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que quede en firme esta providencia, traslade con destino a Colpensiones el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir los aportes que la accionada PORVENIR S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual por el demandante, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. Condenó en costas a PORVENIR S.A.. Absolvió a Colpensiones del pago de costas procesales.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita se declaren probadas las excepciones de fondo presentadas en la contestación de la demanda y se revoquen las condenas que le fueron impuestas, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. siempre ha actuado de buena fe en relación con el traslado de régimen pensional realizado por el actor en forma libre y voluntaria, púes así se plasmó en el formulario de afiliación; dicho formulario cumple los

requisitos establecidos en la norma que regía al momento de la afiliación; la información entregada al momento del traslado fue en forma verbal sin que haya existido obligación de dejar constancia de la asesoría, por lo que no se puede alegar que el formulario de afiliación no es prueba suficiente y se imponga una carga adicional; la entidad demandada cumplió con las obligaciones que le eran impuestas en los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, en el que no reposa el deber de información que alega el demandante en su demanda, porque la obligación de explicar las consecuencias del traslado solo surgen con el Decreto 2071 de 2015; advierte que el demandante solicita la ineficacia del traslado cuando se encuentra ad portas de cumplir el requisito pensional, por lo que concluye que la necesidad de volver al Régimen de Prima Media no se debe a un engaño al momento del traslado, sino que es de carácter económico.

En relación a los rendimientos, precisa que la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió y el demandante nunca estuvo afiliado, lo que genera que sus aportes nunca fueron a una cuenta de ahorro individual y frente a los cuales se generaron los rendimientos, lo que hace que al no haber existido esa afiliación tampoco habría lugar a generar los rendimientos.

En igual forma considera que no es procedentes trasladar la suma de la aseguradora (sic) con sus furtos e intereses, debido a que los rendimientos se generaron por la gestión realizada por la entidad que representa y en caso de no haber estado en el Régimen de Ahorro Individual, ese valor no se hubiera generado.

Finalmente, en relación a los gastos de administración, considera que PORVENIR S.A. no incurrió en ninguna falta en derecho sin que sea posible que se vea afectado su propio patrimonio; señala que los gastos de administración cuentan con una destinación específica, lo cual se cumplió y no se encuentra en poder de la entidad al ser invertidos en los gastos por la correcta administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual. En igual forma tampoco sería procedente el traslado de la suma de la aseguradora, porque esta suma solo opera cuando existen siniestros; advierte que esta figura no opera en el Régimen de Prima Media por lo que el valor no debería ser devuelto.

Finalmente señala que no es procedente devolver los valores señalados en la sentencia porque el demandante no está cerca a cumplir los requisitos legales para obtener la pensión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita sea confirmada la sentencia al considerar que en este evento se cumplen las mismas características para que se decida de conformidad con lo señalado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en los asuntos similares, al mantenerse la postura que, el fondo de pensiones demandado, debió cumplir con los deberes de honradez, transparencia, ética, de moralidad con el afiliado cuando se trasladó, de conformidad con los arts. 95 y 97 del Decreto 663 de 1993 y el art. 4 del decreto 656 de 1994; art 10 del Decreto 720 de 1994. Así mismo la Corte Suprema de Justicia establece que la información completa, cierta, oportuna, precisa y veraz y al alcance del ciudadano va más allá del formulario de afiliación. Quien debe demostrar la eficacia del traslado es el fondo y no la parte afectada, por la carencia del deber del buen consejo. Que, en este caso, la AFP demandada no logró probar la existencia de un consentimiento informado al momento del traslado del régimen.

Reitera los hechos narrados en la demanda, como es, la fecha de nacimiento del actor, vinculación al Régimen de Prima Media y las semanas cotizadas allí, traslado a PORVENIR S.A, total de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones; y la proyección pensional en ambos regímenes pensionales aportados. Sostiene que se encuentra probada que la asesoría brindada por el fondo demandado, carecen de validez, debiéndose entender que la decisión no fue un acto libre, ni voluntario y como tampoco estuvo precedida de la comprensión necesaria y por tanto no es eficaz; dentro de lo manifestado en el interrogatorio, se evidencia la falta de información proporcionada al usuario por parte de Porvenir S.A.; reitera la aplicación de las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008 y SL 33083 de 2011, entre otras, en las que se establece que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna

de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Frente al deber de información, invoca el art. 97 del Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994; art. 10 del Decreto 720 de 1994. Y habla del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008.

En relación a la carga de la prueba, retoma apartes de la sentencia SL 1452 de 2019. Y concluye manifestando que el fondo privado no cumplió con este deber o carga procesal impuesta, pues no logro demostrar que se hubiese asesorado a la demandante, con tal especialidad que incluso desmotivara a afiliarse en el Régimen de ahorro individual.

El apoderado de PORVENIR S.A. se aparta de los argumentos dados en primera instancia y que justifican la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta el demandante tomó la decisión en forma espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley; PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen, cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993, se le entregó la información necesaria y obligatoria dentro del formulario, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; el asesor le informó las características propias del RAIS, según lo indicó en el interrogatorio; el demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen pensional sin que lo haya hecho, por lo que concluye el interés de mantenerse en el RAIS; se infiere de los hechos de la demanda y del interrogatorios, que el interés para solicitar el traslado es de carácter económico, por lo tanto, la motivación de solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen, no reposa en la forma en 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; y la sociedad accionada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y comunicados de prensa informando cambios normativos; que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante el cual surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; que la obligación del buen

consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y ello fue objeto de pronunciamiento en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019; el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar; las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas sino que se encuentra en la Ley 100 de 1993 por lo tanto, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa.

Y frente a la devolución a Colpensiones de los valores recibidos con motivo a la afiliación, especialmente el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, debidamente indexados, dicha condena debe ser revocada, sin embargo, en caso de ser confirmada, solicita no se condene a trasladar los valores recibidos por pólizas previsionales, descuentos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional debidamente indexados toda vez que, las sumas correspondientes a los gastos de administración porque este concepto tiene por mandato legal destinación específica conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y dicho descuento ha cumplido a cabalidad y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, así mismo, atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa; y 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 de acuerdo con la coyuntura económica, 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, como se analizó por el Tribunal Superior de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019. Y resalta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

En relación con la condena en costas, asegura que la entidad siempre obró de buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS.

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la sentencia, declarando improcedentes la ineficacia solicitada, ante la imposibilidad de darse el traslado de régimen en virtud de lo establecido en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, ello es, la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez y la solicitud elevada pro la parte demandante fue elevada con posterioridad al cumplimiento de la edad limítrofe por un desconocimiento de la demandante y donde su único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener el Régimen de Prima Media al momento de pensionarse, lo cual no es un fundamento legal para que se concedan la pretensiones invocadas.

Ahora bien, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, pero solicita se tenga en cuenta que los vicios del consentimiento deben ser probados; invoca los arts. 1502 y 1503 del Código Civil y señala que el traslado fue suscrito en forma libre y espontánea, considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos; resalta que el desconocimiento de la ley no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiera engaño o coerción por los asesores del fondo privado. El error alegado y aceptado por el Juzgado, se desvirtúa al no existir prueba que permita tener como cierto lo afirmado en la demanda.

En caso de confirmar la decisión del A Quo, solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, al considerar que, si el afiliado no va a hacer uso del fondo, no se tiene porqué quedar con ningún monto. Resalta que Colpensiones es de orden público y va entrar en un detrimento patrimonial si debe reconocer una pensión de vejez sin recibir la totalidad de los rubros cotizados por el afiliado en el tiempo que duro su vínculo con el Régimen de Ahorro individual. Solicita tener presente sentencias SL 1421, SL 1452 y SL 1688 de 2019.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia, en virtud del **recurso de apelación**, se centra en analizar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada PORVENIR S.A. trasladar los rendimientos, las comisiones de administración y el valor de las pólizas previsionales.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si se deberá adicionar la sentencia, ordenándole a PORVENIR S.A. a trasladar los gastos de administración comprendidos por “gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, debidamente indexados.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 40 años de edad, al haber nacido el 28 de julio de 1961 (fls 66 del expediente digital 03); cotizó al ISS desde el 21 de julio de 1982 al mes de octubre de 1998 (fls 70 a 74); solicitó traslado a la sociedad PORVENIR S.A. el 2 de septiembre de 1998 (fl 76).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna al haber indicado que su traslado a PORVENIR S.A. se dio por la persistencia del asesor y al tercer año le firmó el formulario; al momento de la firma del formulario se sintió presionado; la afiliación se dio en la oficina y duró aproximadamente 5 a 6 minutos, le firmó el formulario en blanco y el asesor diligenció los datos; leyó el formulario en relación a los nombre y fecha y lo firmó; la asesoría fue individual; le informaron que eran las mismas condiciones que tenía en el ISS, que la variabilidad era mínima; los aportes a pensiones voluntarias lo hace como un ahorro en vista que trabaja en Avianca, y esa será su auto liquidación cuando cumpla los 20 años de trabajar en Avianca; no le dieron proyección de la pensión anticipada; su intención de trasladarse es porque sus ingresos en los últimos 10 años están en un promedio de \$4.000.000 y \$7.000.000 y la proyección que le da PORVENIR S.A. es de \$2.000.000, por lo que no puede disminuir su calidad de vida; su interés de trasladarse es por el monto de la mesada 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 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 aun 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 y 782 de 2021, 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 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 de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del Régimen de Ahorro Individual, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A. aporte historia laboral consolidada; el formulario de afiliación; relación histórica de movimientos; certificado de afiliación; historia laboral válida para bono;

historial de vinculaciones del SIAFP; relación de aportes; detalle de análisis jurídico; respuesta a solicitud elevada pro el demandante; comunicados de prensa; concepto del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera (fl. 39 a 131 del expediente digital 15), 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.**

Ahora, frente a la manifestación hecha por el A Quo, cuando hace relación a la existencia de un vicio en el consentimiento, que es un **error en el consentimiento**. Se hace necesario advertir, que para la Sala en estos procesos no se analiza la existencia de los vicios del consentimiento, y entre ellos el error, pues como bien lo señaló el A Quo, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia hacen referencia a la **falta al deber de información al momento del traslado de régimen**, siendo de allí de donde se deriva la ineficacia del traslado.

Y frente a la los alegatos presentados por Colpensiones en relación a la declaración de ineficacia de la afiliación, con fundamento en el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, 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 Individual.

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

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, **pero por las razones analizadas en esta providencia**; y se confirmará la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones los aportes.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes¹:

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

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, al señalar: “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha 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).”

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.

Respecto a la devolución de los rendimientos financieros, la Corte Suprema de Justicia en sentencia reciente SL 2207 de 2021, justificó su traslado así:

“Ahora, una vez declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.”

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las

cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden 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)*

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 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.

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.

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.

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, la Sala que se deberá ADICIONAR la sentencia en el siguiente tenor:

- ORDENARLE a la accionada PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, conformados por *“... 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.”*, debidamente indexados con cargos a sus propios recursos.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia 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.**

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, ORDENARLE a la accionada PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, conformados por “... 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.”, debidamente indexados con cargos a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR 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.

TERCERA: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, **pero por las razones analizadas en esta providencia.**

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

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	: LUIS OSWALDO ALDANA TRIANA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-005-2022-00142-01
RADICADO INTERNO	: 241-22
DECISIÓN	: ADICIONA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 13 de octubre de 2022 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 13 de octubre de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO