

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

| | |
|-------------------|---|
| DEMANDANTE | : NONDIER ALBERTO ESCOBAR RAVE |
| DEMANDADO | : COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A. |
| TIPO DE PROCESO | : ORDINARIO |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-015-2022-00156-01 |
| RADICADO INTERNO | : 301-22 |
| DECISIÓN | : REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA |
| ACTA NÚMERO | : 331 |

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:

Se le reconoce personería a la Dra, ANYTA CAMILA MOSQUERA BETANCOURT, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado y por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 75 y ss del C.G.P.

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 o ineficacia de la afiliación realizado al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A y Porvenir S.A y en consecuencia que dicha afiliación quede sin efecto por cuanto la misma carece de validez por existir vicio en el consentimiento y se DECLARE válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones y

se DECLARE que nunca tuvo reasesoría antes de cumplir los 52 años de edad y que tiene derecho a regresar al régimen de prima media y que Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez cuando acredite los requisitos; como consecuencia de ello solicita se CONDENE a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual incluido los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración teniendo en cuenta el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima indexados y se condene a reactivar la afiliación en el régimen de prima media y a recibir los aportes que sean trasladados por Colfondos S.A.

De forma subsidiaria solicita declarar que nunca obtuvo reasesoría antes de cumplir los 52 años de edad y que Colfondos y Porvenir deben reconocer a título indemnización los perjuicios materiales e inmateriales y se condene a reconocer a título de dicha indemnización de perjuicios correspondiente al lucro cesante futuro, la diferencia existente entre la mesada que fuese a percibir en el régimen de ahorro individual y la que recibiría en el régimen de prima media y como lucro cesante futuro, la suma que hubiese recibido en el régimen de prima media a partir de la fecha de la causación del derecho de la pensión de vejez hasta su fallecimiento y posteriormente la pensión de sobreviviente a sus beneficiarios y como daño extrapatrimonial la suma de 100 salarios mínimos como perjuicios Morales.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 12 de julio de 1965 y a la presentación de la demanda cuenta con 56 años de edad, efectuó aportes en el régimen de prima media entre diciembre de 1987 a agosto del 2001 un total de 604.29 semanas al instituto de seguros sociales y se trasladó al régimen de ahorro individual a Porvenir S.A. el 20 de junio de 200 y el 17 de junio del 2003 a Colfondos S.A, y que para la fecha en que se afilió laboraba como mecánico y ha cotizado un total de 1.097 semanas desde su afiliación al RAIS teniendo un total de 1.701 semanas. Que los fondos privados no le brindaron asesoría al demandante al momento de la afiliación y antes de cumplir los 55 años de edad, ni tampoco le suministraron información adicional consistente en la edad mínima y el saldo que debe acreditar en su cuenta de ahorro individual, ni con qué IBC debe a cotizar con el fin de tener una pensión

anticipada o completar el capital para poder acceder a la pensión de vejez y tampoco le informaron a qué edad se le redime el bono pensional y la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el régimen de ahorro individual y en el régimen de prima media. Que Colfondos en oficio el 17 de noviembre del 2021 expuso que el traslado de régimen se efectuó de Porvenir y que en consecuencias con dicha entidad es con quién debe validar la anulación del traslado y Colfondos mediante comunicado el 17 de enero del 2022 proyectó una mesada pensional en la suma de \$2.075.870 para la edad de 62 años.

Que Porvenir en comunicado del 6 de diciembre del 2021 informó que los registros de afiliación no pueden ser anulados por ningún fondo de pensiones privado salvo que exista una orden de autoridad competente, informando además en otro comunicado que no cuenta con soporte sobre la afiliación dado que se dio de manera verbal, que el 11 de noviembre del 2021 radicó ante Colpensiones reclamación administrativa en la cual solicitó tener como ineficaz o nula la afiliación al régimen de ahorro individual y le fuese aceptado el traslado al régimen de prima media en Colpensiones y mediante comunicación del 12 noviembre el 2021 negó dicha solicitud. Por último, indica que la mesada pensional en el régimen de ahorro individual sería inferior a la que percibiría en el régimen de prima media.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la edad del actor, la afiliación al RPM y las semanas cotizadas, las solicitudes radicadas ante dicha entidad y las respuestas dadas a las mismas, frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de improcedencia de declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, inexistencia de la obligación de traslado de régimen pensional por aspectos legales y financieros que impiden la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, devolución de cuotas de administración, improcedencia de la obligación de pagar intereses moratorios, falta de legitimación en la

causa, la prescripción y/o caducidad de la acción, imposibilidad de condena en costas, buena fe de Colpensiones, innominada o genérica.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que no le consta ninguno de los hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que acepta la edad del demandante, las peticiones realizadas a dicha entidad y las respuestas realizadas a las mismas, los demás hechos no fueron aceptados, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 30 de septiembre de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del señor NONDIER ALBERTO ESCOBAR RAVE, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad en las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. CONDENÓ a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, las respectivas cotizaciones, rendimientos, y cuotas de administración, sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demanda. CONDENÓ a PORVENIR S.A., de trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración que le fueron descontados al demandante durante el periodo

en que permaneció afiliado a dicho fondo. CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero de las cuales se ordenó su traslado, que le sean trasladadas por COLFONDOS Y PORVENIR S.A. y a activar la afiliación del demandante, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad. DECLARÓ no probada la excepción de prescripción. CONDENÓ en costas a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., y fijó como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$2.000.000, distribuidos en \$1.000.000, que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022 a cargo de cada una de ellas.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandada Porvenir S.A interpone recurso de apelación manifestando la sentencia desconoció lo confesado por el demandante dentro del interrogatorio de parte cuando indicó con claridad haber recibido de Porvenir información detallada respecto de requisitos pensionales, posibilidad de generar una mesada pensional de manera anticipada y además de ello el cobro de gastos de administración, de la posibilidad de retornar entre regímenes, además de generar rendimientos y qué éstas causas fueron desconocidas en la sentencia teniendo en cuenta que el actor en variedad de ocasiones afirma haber recibido información por parte de la demandada y que por lo tanto bajo estas circunstancias, el endilgársele a la entidad entregar pruebas diferentes a las detalladas y consagradas para la época resulta un desacierto generando una imposición que para la época no existía como obligatoriedad por cuánto para el año 2000 la única obligación era la asesoría de manera verbal y el formulario de afiliación el cual fue firmado en forma voluntaria.

Que además la única motivación del demandante para solicitar el traslado recae en lo que podría ser su mesada pensional y cómo se iba a liquidar, pero que para la demandada para el año 2000 no le estaba dado entregar proyecciones de lo que podía ser teniendo en cuenta que las disposiciones se encuentran consagradas en la ley 100 de 1993, disposiciones a las cuales podía generar verificación el demandante, pero no era posible generar proyecciones pensionales.

Que además es desconocido también el traslado horizontal que el demandante hizo dentro del régimen de ahorro individual indicando, precisando que si se afectó su libertad de escogencia por qué motivo el demandante determina ser

beneficiario de Colfondos en el año 2003 y aún más indica el interrogatorio de parte que se sintió motivado a realizar esa vinculación debido a los beneficios que recibirían dicha entidad por lo que se infiere que el actor estaba buscando poder obtener esa mejor mesada pensional.

Indica además que en dónde quedan las obligaciones del consumidor financiero toda vez que estos deberes también están en verificar cómo se encuentra su cuenta de ahorro individual y su estado pensional, y por lo tanto si el demandante en el año 2000 quería pensionarse con tal monto, tenía la posibilidad de estar con su fondo privado aclarando las dudas y verificando la posibilidad de cuál era el monto que necesitaba acumular para adquirir la mesada que le beneficiará, por lo anterior solicita revocar en su totalidad la sentencia.

En caso de que se confirme la sentencia solicita se revoque la decisión de generar una devolución por gastos de administración teniendo en cuenta que estas circunstancias ya no son dables para la entidad dado que todos los valores del demandante ya se encuentran en la cuenta de ahorro individual trasladada Colfondos.

La apoderada de Colpensiones interpone recurso de apelación manifestando qué se debe modificar la sentencia de primera instancia y en su lugar se ordene a las AFP demandadas a devolver todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación del demandante como son, sumas de las aseguradoras, cuota de administración, primas de seguros de fogafin y las primas de invalidez y sobrevivientes, lo anterior con base en que el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993 establece la distribución de los porcentajes de la cotización de los afiliados al régimen de ahorro individual que para los efectos pertinentes es el 3% del ingreso base de las cotizaciones el cual se ha destinado a financiar los gastos de administración y la prima de seguros, que el artículo 39 del decreto 656 de 1994 define la cuota administración como aquella que constituye ingresos de las sociedades que administran fondos de pensiones y las condiciones a las que tiene derecho, precisando además que no ordenar la devolución de este dinero se genera un requerimiento sin justa causa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colfondos S.A reitera los argumentos de defensa expuestos a lo largo del proceso en la contestación y solicita revocar la sentencia y de forma subsidiaria ABSOLVER, a dicha entidad, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios SON DE CONSAGRACIÓN LEGAL, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Respecto del deber de asesoría indica que se deben de analizar las normas vigentes a la fecha en que se realizó el traslado y no a normas posteriores, que la parte demandante no hizo uso del derecho de retracto y además no probó la existencia de ningún vicio en el consentimiento.

Que no hay lugar al reconocimiento de Perjuicios Morales y Materiales, y que además opera también el fenómeno de la prescripción sobre la acción para reclamar la declaratoria de nulidad.

La apoderada de la parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos ya expuestos en la demanda relacionados con la falta del deber de información a cargo de las AFP del RAIS que no fue demostrada dentro del proceso.

El apoderado de Porvenir S.A indicó que dicha entidad siempre le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

Que el Sistema de Información al consumidor Financiero, solo se creó con la Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Ley 1328 de 2009- y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010, y que por lo tanto las Administradoras de pensiones únicamente cuentan con los formularios de

afiliación, por lo que solicitar pruebas documentales distintas sin duda resulta una violación al debido proceso.

Que, como quiera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha establecido el deber de los fondos privados de acreditar el deber de información, dentro de la libertad probatoria debe analizarse lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio de parte y su conducta durante la permanencia en el fondo que represento, al menos como inicios no solo de conocer aspectos específicos del funcionamiento del régimen de ahorro individual sino también de permanecer en este régimen, ya que a pesar de jamás haber estado en imposibilidad de retornar al RPMPD, no lo hizo y por el contrario, realizó aportes en su cuenta de ahorro individual. Que además de los indicios como medio de prueba, están las presunciones legales. Por ello, es fundamental indicar que, el artículo 9º del Código Civil, menciona que, “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa”; luego, la parte actora al igual que todos los habitantes del territorio nacional, les compete conocer el contenido de las leyes y, en el evento de que le surgieran inquietudes, realizar las consultas correspondientes. Que en el hipotético evento de que considere que, el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez porque PORVENIR S.A., no probó el deber de información, debe ordenarse el traslado de los recursos a COLPENSIONES en los términos del artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma, precisando además que los gastos de administración y seguros ya se encontrarían prescritos por lo que tampoco es procedente su devolución. Que si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, solicita autorizar a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos

La apoderada de Colpensiones solicita revocar la sentencia debido a que el señor NONDIER ALBERTO ESCOBAR RAVE, nació 12 de julio de 1965, actualmente cuenta con 57 años de edad. Al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones para los trabajadores del sector privado, tenía 29 años, por lo que no logró ser beneficiario del

régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ni es posible aplicar a su caso las sentencias de unificación de la Corte Constitucional que autorizan el traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, entre ellas, la SU 062 de 2010.

Adicional a ello, para la fecha de afiliación a Porvenir y posteriormente a COLFONDOS no tenía 50 años y dado que tampoco se trataba de una persona pensionada por invalidez, atendiendo lo normado en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, el demandante no se encontraba excluido del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y estaba habilitado para ejercer la libertad de elección que consagra el inciso b del artículo 13 de la misma norma, "...b. 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...".

Y aunque en la demanda se afirma que la afiliación del señor NONDIER ALBERTO ESCOBAR RAVE a la AFP PRIVADA se produjo luego de que un asesor de la misma le explicara someramente las ventajas del RAIS, guardando silencio sobre sus desventajas y omitiendo realizar un estudio de su situación pensional y las implicaciones que podía tener el traslado de régimen para su caso particular, no fueron diligentes al momento de ofrecer sus servicios, porque omitieron brindarle información relevante sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen, las condiciones que deben verificarse para causar la pensión de vejez en el RAIS y todos los factores que inciden en el cálculo de la misma; se trata en últimas, de afirmaciones que están sometidas al debate probatorio, peticiones frente a las cuales sobre Colpensiones no existe legitimación en la cusa por pasiva, debiendo ser además el demandante quien probara la falta del deber de información. Así mismo solicita se tenga en cuenta el principio de la estabilidad financiera del sistema que se afectaría con la declaratoria de la ineficacia.

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 el señor NONDIER ALBERTO ESCOBAR RAVE y la AFP HORIZONTE HOY PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A; por lo cual solicita no haya condena alguna para la entidad,

y que se CONDENE a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, 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.

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, 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 nació el 12 de julio de 1965, (fls 22 de la demanda), y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 15 de diciembre de 1987, (fls 23 de la demanda), y se trasladó a la AFP Porvenir S.A desde el 01 de agosto de 2000, (fls 73 de la contestación de Porvenir S.A), y a Colfondos S.A desde el 01 de agosto de 2003, (fls 106 de la contestación de Colfondos S.A).

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 afilió a Porvenir S.A en el año 2000 cuando fueron y lo visitaron a la empresa donde les prestaron la asesoría de los beneficios de cambiarse de fondo, que fue una reunión de 10 minutos, que el asesor le dijo que tenía unos beneficios como pensionarse antes del tiempo establecido y con un mejor sueldo, que le dijeron que se iba a crear una cuenta de ahorro individual y que iba a generar rendimientos, que en caso de que llegara a fallecer le dijeron cuáles eran los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, que le dijo que se iban a generar cobros de administración, que le dijo que se podía retornar al RPM en cualquier momento, que estuvo en porvenir porque le habían dicho que el ISS se iba a acabar, y ya después vino Colfondos y le ofreció mejores condiciones y por eso se cambió, que le dijeron en Colfondos que iba a salir con un mejor salario. Que se vino a enterar que tenía derecho a una doble asesoría para trasladarse al RPM cuando tenía 53 años.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

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

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

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 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 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 vincularse a dicha entidad **en el año 2000**, 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**.

Ahora, el argumento de Porvenir S.A relacionado con la improcedencia de la ineficacia del traslado por los varios traslados realizados dentro del mismo régimen no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la información brindada se debe de analizar es para el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por Porvenir S.A. en el año 2000 y no en los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral (permanente), SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló lo siguiente:

*“Por último, considera también la Sala que **la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional**, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).” (Resalto de la Sala)*

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Al respecto se extrae lo siguiente:

“6. Precedente de la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte en relación con la ineficacia del traslado y el cumplimiento del deber de información.

6.1. La Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte tiene fijado un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de ellas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin que puedan tomar decisiones debidamente informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020 y CSJ SL4806-2020).

*6.1. (sic) Además, la Sala de Casación Laboral ha precisado que el análisis probatorio se dirige a determinar si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el deber de información, **sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar.***

Desde esta perspectiva, se ha señalado insistentemente que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información (CSJ SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021).

En la misma línea argumentativa, ha sostenido que la actuación viciada por falta de información, en materia de traslados del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen, CSJ SL3199- 2021: (...)”

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 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.

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.”

Además de lo ya mencionado considera la Sala que debe ordenarse la devolución de los rubros mencionados así no hayan sido solicitados en la demandada dado que conforme se ha expuesto por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación inicial al RAIS, y en razón de ello, se deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado y aportado a las AFP o lo descontado por estas deba trasladarse a Colpensiones, con el fin de que se financie la pensión que deba reconocerse en el RPM.

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA, para en su lugar ORDENARLE a PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A, para que trasladen a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada uno de dichos fondos, lo cual deberá realizar de forma indexada.

Así mismo se REVOCA la sentencia y se ordena a COLFONDOS S.A para que traslade además del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del demandante los rendimientos financieros, lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima.

Ahora, 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.**

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

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 Quince Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar ORDENARLE a PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, para que traslade a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada uno de dichos fondos, lo cual deberá realizar de forma indexada.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar ORDENAR a COLFONDOS S.A para que traslade a Colpensiones además del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la demandante los rendimientos financieros, lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince 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**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

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

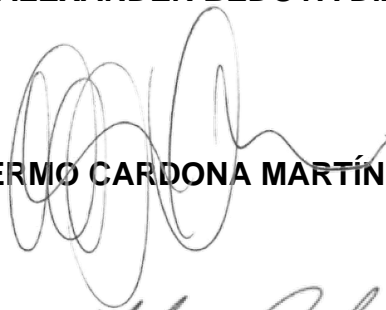
QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



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 | : NONDIER ALBERTO ESCOBAR RAVE |
| DEMANDADO | : COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A. |
| TIPO DE PROCESO | : ORDINARIO |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-015-2022-00156-01 |
| RADICADO INTERNO | : 301-22 |
| 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 22 de noviembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 22 de noviembre de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO