

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: ISOLDA CARDONA BETANCUR
DEMANDADO :	: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-015-2019-00588-01
RADICADO INTERNO	: 152-21
DECISIÓN	: REVOCA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 184

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 los recursos 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 el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE que le asiste derecho al cambio de fondo de pensiones de Porvenir S.A a Colpensiones al RPM por haber tenido cotizaciones en el ISS con anterioridad al traslado y se declare que fue culpa de los fondos del RAIS de no brindar la debida asesoría y se condene a Colpensiones a recibir el traslado de fondo con sus respectivos aportes.

Como supuestos facticos manifestó que entre el mes de febrero de 1986 y marzo de 1999 cotizó en el RPM cotizando un total de 374 semanas, y que en

el año 1999 sin ninguna asesoría se trasladó a PORVENIR S.A sin explicarle las ventajas y desventajas del traslado pues solo se le indicó que como entraba a trabajar en la Gobernación de Antioquia este era el fondo que le tocaba. Que realizó de forma verbal en muchas ocasiones el traslado a Colpensiones, pero la respuesta fue negativa.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 05 de mayo de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la INEFICACIA de la afiliación de la señora ISOLDA CARDONA BETANCUR al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. CONDENO a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración. CONDENO a COLPENSIONES activar la afiliación de la señora ISOLDA CARDONA BETANCUR, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a recibir el saldo existente en su cuenta de ahorro individual. CONDENO en costas a las codemandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, para lo cual se fijó las agencias en derecho a favor de la demandante en la suma de \$908.526, a cargo de cada una y que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021, para un total de \$1.817.052.

IMPUGNACIÓN

Al apoderado de Porvenir S.A presenta recurso de apelación manifestando que no comparte la decisión de declarar la ineficacia y de consecuencia jurídica que se le dio pues indica que para el momento del traslado la única exigencia que se tenía era el formulario de afiliación que está debidamente probado y esta es la valides y existencia del contrato de afiliación. y obligar a otra prueba diferente es una prueba diabólica pues la entidad solo conservaba las pruebas que el exigía el decreto 663 y 720 de 1994 que era el formulario de afiliación. Que la demandante estuvo afiliada por más de 20 años en dicho régimen y no puede operar automáticamente la ineficacia indicando además que no se configuran los presupuestos del artículo 271 pues esta habla de dolo y fuerza. por lo anterior solicita se revoque la sentencia.

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia por cuanto Colpensiones es un tercero de buena fe ajeno al negocio jurídico del traslado, indicando, además, que no puede verse perjudicado por la ineficacia solicitada. En cuanto al traslado de los gastos de administración y demás rubros si el tribunal ratifica que la ineficacia fue debida a la falta de información de Porvenir S.A es esta la que deba asumir los deterioros sufridos por el bien administrado por lo que debe trasladar a Colpensiones no solo lo consignado en la cuenta de ahorro individual sino también las cuotas de administración, los rendimientos financieros, los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima según la sentencia SL 2877 de 2020. Así mismo solicita no sea condenada en costas a dicha entidad por ser un tercero de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentan alegatos de conclusión.

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 por parte de Porvenir S.A los gastos de administración, los seguros previsionales de forma indexada, y lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima, y si debe condenarse en costas a Colpensiones.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 15 de octubre de 1967, (página 14 del expediente digital), y que estuvo afiliada en el ISS desde el 25 de febrero de 1986, (página 24 y 97 ss), y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A desde el año 1999.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que, se afilió a Porvenir S.A tuvo acercamiento con el asesor de porvenir en el año 1999 y la reunión y asesoría fue individual , le dijeron que era la mejor opción y que le convenía para la fecha por la edad, y se dejó llevar y se pasó, que no recuerda que le dijeron del ISS, que no recuerda si le

hicieron mención a una cuenta de ahorro individual, que simplemente le dijeron que la iban a pasar y ya, no le hablaron de rendimientos financieros, que ella no firmó nada, que solo la pasaron para ese fondo porque era mejor. Que no le dijeron que pasaría con los dineros si fallecía.

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 trasladarse, 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 las sociedades accionadas, hoy aporten, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de

afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

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

2. De los efectos de la ineficacia

Respecto a la devolución de la **cuotas o gastos de administración debidamente indexadas** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, y teniendo en cuenta que : 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, por ello, las restituciones mutuas se dan por efectos de la nulidad del contrato y no de la ineficacia 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte accionante en esta, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 cuando señala, que la ineficacia genera que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, y el Fondo de Pensiones debía devolver “los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”; 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.

Suma que debe ser debidamente indexada al momento del pago conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, en donde se rememoró la sentencia 31989 de 2008 en la cual se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora,..”*.

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA en este punto en particular en cuanto ABSOLVIO a la demandada PORVENIR S.A de trasladar los rendimientos e intereses, las cuotas de administración y seguros, para en su lugar CONDENAR a dicha entidad PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES los rendimientos financieros, 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, por el tiempo que la demandante realizó aportes a dicho fondo, estas últimas, esto es, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas.

- Y frente al **porcentaje de garantía de pensión mínima**, considera la Sala que **debe ser devuelto** a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades PORVENIR S.A., por lo tanto, es que se REVOCARA la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

3. De las costas procesales a cargo de Colpensiones impuestas en primera instancia

Las mismas se REVOCARÁN, teniendo en cuenta que Colpensiones no fue el encargado de dar la información completa, clara y suficiente a la demandante

al momento de realizar el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de ahorro individual.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A Y COLPENSIONES en la suma de \$454.213 por haber prosperado parcialmente los recursos interpuestos.

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, en cuanto ABSOLVIO a la demandada PORVENIR S.A de trasladar los rendimientos financieros, las cuotas de administración y seguros, para en su lugar CONDENAR a dicha entidad PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES los rendimientos financieros, 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, por el tiempo que la demandante realizó aportes a dicho fondo, estas últimas, esto es, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de que se ORDENA a PORVENIR para que traslade a COLPENSIONES los porcentajes deducidos para el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: REVOCAR la sentencia en cuanto condenó en costas en primera instancia a Colpensiones, para en su lugar absolver de las mismas.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A Y COLPENSIONES en la suma de \$454.213 por haber prosperado parcialmente los recursos interpuestos.

Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la sentencia 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



SECRETARIA SALA LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
EDICTO VIRTUAL

La secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín
notifica a las partes la sentencia

DEMANDANTE : ISOLDA CARDONA BETANCUR
DEMANDADO : COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-015-2019-00588-01
RADICADO INTERNO : 152-21
DECISIÓN : REVOCA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

*Fijado hoy martes 27 de julio de 2021 a las 8:00 Am
de 2021 a la 5:00 Pm*

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy martes 27 de julio


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-015-2019-00588-01
Radicado Interno 152-21