

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

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

DEMANDANTE : YANIRA QUICAZAQUE GARCÍA  
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES  
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO  
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-005-2022-00121-01  
RADICADO INTERNO : 239-22  
DECISIÓN : ADICIONA Y CONFIRMA  
ACTA NÚMERO : 266

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.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita como pretensiones principales, se DECLARE la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por la demandante hacia el Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia dicha afiliación quede sin efecto por carecer de validez por existir vicio en el consentimiento y afectar los derechos mínimos y garantías del demandante; declarar válida, vigente y sin solución de continuidad , la afiliación de la demandante a Colpensiones; que la demandante nunca tuvo reasesoría antes de cumplir los 47 años de edad para optar por el traslado de régimen y regresar al ISS; que la demandante tiene derecho a retornar al Régimen de Prima Media por no haberle brindado

una asesoría y buen consejo al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; que Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez al acreditar los requisitos de la Ley 797 de 2003.

Como consecuencia de lo anterior, se CONDENE a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que la demandante efectuó al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos, 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 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

CONDENAR a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR S.A.; condenar a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a partir de que se efectúe la última cotización al sistema general de pensiones, independiente de la novedad reportada en la planilla pila, es decir, sea R o P o no tenga novedad alguna; al pago de los intereses de mora o la indexación de las condenas; y al pago de costas a las demandadas.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó DECLARAR que la demandante nunca obtuvo reasesoría antes de cumplir 47 años de edad por parte de PORVENIR S.A., en aras de que ella, optara por el traslado de régimen y afiliarse al ISS, perdiendo con ello la posibilidad de afiliarse al régimen de prima media, previo análisis y ponderación de los potenciales riesgos y beneficios en cada uno de los regímenes; que PORVENIR S.A. debe reconocer a título de indemnización, los perjuicios materiales e inmateriales a la demandante; y en consecuencia, se CONDENE a PORVENIR S.A. a reconocer de manera subsidiaria y a título de indemnización de perjuicios a la demandante, el correspondiente al lucro cesante futuro, la diferencia existente entre la mesada que fuese a recibir en el RAIS (\$1.060.272) y la que debió recibir en COLPENSIONES (\$2.350.949); reconocer de manera subsidiaria y a título de indemnización de perjuicios lo correspondiente al 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 de la demandante

hasta su fallecimiento y posteriormente la pensión de sobreviviente a sus beneficiarios hasta que cesen sus derechos.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 30 de enero de 1968; cotizó al Régimen de Prima Media del 9 de abril de 1987 y el 30 de octubre de 2001 cotizando un total de 575.2 semanas; se trasladó a Porvenir S.A., el 20 de septiembre de 2001; al Régimen de Ahorro Individual ha cotizado un total de 1037; la demandante cuenta con un total de 1612 semanas cotizadas en toda su vida laboral; la accionada PORVENIR S.A. al momento del traslado, no le suministró información, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, tampoco le informaron a qué edad se le redimía el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes pensionales; la accionada no le brindó reasesoría antes de cumplir los 47 años de edad; PORVENIR SA mediante comunicado 0102615028078200, le realizó proyección de la mesada pensional, en la cual le indicaba que sería de \$1.060.272; PORVENIR SA en comunicación 01026150280078300, manifestó que no resulta jurídicamente procedente declarar invalidad y/o nula la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que dicha facultada solo está reservada única y exclusivamente a los Jueces y en comunicación 0102615028078200, indicó que la información al momento de la vinculación de la demandante fue verbal y no cuenta con soportes; la demandante solicitó la ineficacia o nulidad de la afiliación a Colpensiones el 10 de febrero de 2022.

Aseguró la demandante, que al calcular la mesada pensional que recibiría en Colpensiones, generaría una mesada pensional de \$2.350.949. Debido a la mala asesoría realizada por PORVENIR SA, con ocasión al incumplimiento del deber información (culpa), la entidad demandada está obligada a repararlo, conforme al art. 2341 del Código Civil. Que la demandante no cuenta con una actividad económica diferente que le ayude a solventar sus gastos económicos; y se le está causando un lucro cesante futuro en el caso que no sea declarada la ineficacia del traslado del fondo.

## **RESPUESTAS DEMANDA**

**Colpensiones en su contestación** acepta la fecha de nacimiento de la demandante; que PORVENIR SA mediante comunicación 0102615028078200, indicó que la información dada a la demandante fue verbal y no cuenta con soportes; el 10 de febrero de 2022 elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, solicitando tener como ineficaz y nula la afiliación al RAIS. No es cierto que la demandante hizo aportes en el Régimen de Prima Media entre el 9 de abril de 1987 y el 30 de octubre de 2001 y obtuvo 575.2 semanas cotizadas. Lo relacionado al: valor de la mesada en Colpensiones; que debido a la mala asesoría dada por PORVENIR S.A. la accionada debe repararlo conforme al art. 2341 del CC; que la demandante no cuenta con una actividad económica diferente que le ayude a solventar sus gastos económicos; y el lucro cesante que se le está causando a la demandante, no corresponde a hechos. Que los demás hechos no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 15).

**La sociedad PORVENIR S.A. manifiesta en su contestación**, que no le consta la fecha de nacimiento; las cotizaciones y semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media; la labor realizada al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual; Colpensiones en comunicación del 10 de febrero de 2022, le informó los eventos en los que procedía la anulación del traslado; la mesada pensional en Colpensiones; que la demandante no cuenta con una actividad económica que le ayude a solventar sus gastos económicos. En relación a los demás hechos indicó que no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 17).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 22 de agosto de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado de la 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 de la demandante al momento de afiliarse al régimen administrado por la sociedad 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 de la demandante, 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 la 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 de la 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 A.F.P. 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 la demandante, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. DECLARÓ la prosperidad de la excepción de PETICIÓN ANTES DE TIEMPO, formulada por Colpensiones. CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A.. Absolvió a Colpensiones del pago de costas procesales.

### **IMPUGNACIÓN**

**El apoderado de PORVENIR S.A.** solicita la revocatoria de la sentencia y se absuelva a la accionada, teniendo en cuenta la improcedencia de la ineficacia del traslado con sustento en la falta del deber de información, porque las pretensiones de la demanda no se dirigieron en estricto sentido por la falta del deber de la información, sino que solicita la ineficacia por el no cumplimiento de la expectativa pensional y dicha pretensión no está consagrada en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 y más cuando la demandante afirmó que ella se vinculó en forma libre y voluntaria la Régimen de Ahorro Individual; conforme a la sentencia SL 1452 de 2019 se debe realizar un estudio del deber de información vigente a la época en que se dio el traslado y en este caso el deber

de información que está vigente para el año 2001 es el art 97 del Decreto 663 de 1993 concordada con la Circular 19 de 1998, en donde se informa que la voluntad se materializaba con el consentimiento de traslado y con la sola suscripción del formulario de afiliación. Existe falta de análisis en dicho deber información invocado, porque la sentencia se sustenta en la falta de documentos que prueben la veracidad de la información suministrada a la demandante; dichos documentos no pueden ser aportados porque la accionada no estaba obligada en el año 2001 a realizar una capacitación o asesoría aportante documentos distintos al formulario de afiliación y es solo con la Ley 1748 de 2014 la que obliga a los fondos de aportar la proyección pensional escrita.

Considera que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, prima de seguro previsional y demás conceptos diferentes a las cotizaciones y rendimientos, conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Prima Media se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y de sobrevivencia; dichos dineros no le corresponden al demandante y no financian la pensión de vejez de la demandante, por lo que no procede la devolución de sumas de dinero diferentes a cotizaciones y rendimientos. Adicionalmente considera que la devolución de dichos conceptos, generarían un enriquecimiento sin causa a Colpensiones al no existir norma legal o constitucional que obligue su devolución, y es el art 113 de la Ley 100 de 1993 y concepto del 15 de enero de 2020 estipula los conceptos a trasladar cuando hay traslado de régimen pensional, por lo tanto, en este caso solo se deben trasladar cotizaciones y rendimientos. Advierte la generación de rendimientos por parte de PORVENIR S.A. en la cuenta de ahorro individual del demandante y con ello se acredita la gestión de la accionada, lo que hace que los gastos de administración le pertenezcan a dicha entidad. Y en relación a la aseguradora, considera que se trata de un tercero de buena fe, sin que se pueda solicitar la devolución de los dineros pagados a la aseguradora y esta cumplió con su deber en el tiempo de vinculación en el Régimen de Ahorro Individual. La orden de trasladar dichos rubros indexados, generan una doble condena en cabeza de PORVENIR S.A. porque se están trasladando los rendimientos.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La apoderada de la parte demandante** solicita sea confirmada la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional pro la falta de asesoría clara, completa y eficiente por parte de PORVENIR S.A., y ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria; el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el art. 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el art 271 ibidem. Sustenta sus alegatos en la sentencia 46.292 de 2014.

**El apoderado de Porvenir S.A.** considera que no le asiste razón al A Quo, al no haberse acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento, al no haberse alegado ni probó ningunas de las causales previstas en los arts. 1741, 1508, 1513, 1515, 1517, y 1524 del CC, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Que si se pretende declarar la ineficacia del art. 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador; es decir, exige conductas dolosas que impidan o atenten la libre y voluntaria afiliación del posible afiliado, sin que se refiere a los dispuesto en los arts. 1740 y ss, y por el principio de inescindibilidad de las normas se impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto, y pese a esto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que será ineficaz el traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero se acude a las disposiciones civiles para establecer los efectos de la ineficacia y sin que se tenga en cuenta los presupuestos que esta norma establece para declarar la nulidad de un acto o contrato. Frente a la figura de la ineficacia, considera que el art. 899 Código del Comercio tampoco aplica en este asunto. Que en el presente proceso, ninguno de estos presupuestos legales se alegaron, ni se demostraron; que el formulario de afiliación suscrito es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, y contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, donde la selección fue libre, espontánea y sin presiones; que ese documento no fue tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo como se dispone en los arts 246 y 272 del CGP. Que, en caso de presentarse, como

no existe objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los arts. 1742 y 1743 del CC por la ratificación tácita de la parte demandante. Que PORVENIR S.A., le garantizó el derecho de retracto, conforme la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004 como se dispuso en el art. 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esa facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte. Que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo confirmó al suscribir el formulario de afiliación. Que no se ajusta a la realidad la afirmación que la entidad no allegara pruebas del cumplimiento de sus deberes al momento de la vinculación, al haberse cumplido con la carga procesal al aportar los documentos que tenía su poder, para demostrar que la parte actora ha estado vinculada, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se demuestra con un documento que se presume auténtico, y con la conducta del afiliado que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado. Que la conducta de haber permitido el descuento del aporte con destino al fondo privado deben considerarse como “la verificación de la voluntad del afiliado” conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 47.236 de 2016. Que no se puede imponer cargas a Porvenir, distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante. Que se declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado, sin analizar en conjunto las pruebas y desconociendo el art. 1602 del CC. Resalta la diferencia que existe entre la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta y que en ese sentido no se pueden confundir. Que en el evento de considerarse que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, no puede olvidarse que el literal b) del art. 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, siendo ello lo que impide que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes, y por su parte el art 1746, establece que la regla general de la nulidad. Que en caso de ordenarse el traslado de conceptos diferentes a los del art. 113 de la Ley 100 de 1993, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico como lo es Colpensiones. Frente a los gastos de administración, retoma lo dicho por la Superintendencia



Financiera en concepto radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2000; que los gastos de administración ni las primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, al no financiar la prestación de vejez, siendo una razón para descartar su imprescriptibilidad. Uno de los argumentos de mayor relevancia para no acceder a las pretensiones, es el contenido de la sentencia C 1024 de 2004. Retoma apartes del salvamento de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo de 2020, donde expresó que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado. Y con fundamento en lo anterior solicita se revoque la sentencia en su integridad proferida y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

**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 las 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 debidamente indexado.

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 la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 35 años de edad, al haber nacido el 30 de enero de 1968 (fls 18 y 20 del expediente digital 03); cotizó al ISS desde el 9 de abril de 1987 al 30 de septiembre de 2001 (expediente administrativo 16); solicitó traslado a la sociedad PORVENIR S.A. el 20 de septiembre de 2001 (fl 32 del expediente digital 03).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna al haber indicado que su traslado a PORVENIR S.A. se dio porque un asesor le brindó una asesoría individual de 15 minutos, donde le explicó los beneficios de trasladarse del ISS a PORVENIR S.A., diligenció el formulario y lo firmó. Le informó que se podía pensionar más joven, que el ISS estaba en riesgo de quiebra y era mejor trasladarse al fondo privado y era mejor porque era una cuenta individual donde iban a depositar sus ahorros independientes; no le informó lo que sucedería con las cotizaciones en caso de fallecer; no le mencionaron el valor de la pensión, entendió que era pensionarse con la misma mesada en el privado que en el ISS; no le hablaron de rendimientos; le hablaron de los aportes voluntarios; la motivación de trasladarse a Colpensiones es porque su mesada mensual es mayor en Colpensiones.

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 historial de vinculaciones del SIAFP; el formulario de afiliación; comunicados de prensa; concepto del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera; relación histórica de movimiento; historia laboral consolidada; historia laboral válida para bono; certificado de afiliación (fl. 75 a 134 del expediente digital 17), 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.

De colofón habrá que señalar que la sentencia C 1024 de 2004, indicada por el apoderado de PORVENIR S.A. en los alegatos, cuya norma acusada es de la Ley 797 de 2003, hace referencia a que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta ser inadecuada para este proceso, además de sacarla del contexto en que la Corte Constitucional hizo el análisis, por cuanto el presupuesto fáctico para dicha aplicación razonable es que se

hubiere entregado por parte de la AFP al usuario de la seguridad social, la información correcta al momento de la suscripción del formulario de afiliación o traslado, para el haber tomado una decisión informada y por ello no se aplica la nulidad, ni la inexistencia del acto jurídico, sino la ineficacia del mismo.

Y frente a 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, incluidos rendimientos financieros.

## 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<sup>1</sup>:

**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:

---

<sup>1</sup> 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).”



**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.

En relación a la absolución de la indexación, por considerar PORVENIR S.A. que se realiza una doble condena, dado que se están trasladando los rendimientos financieros, esta Sala es de la posición que se tratan de conceptos totalmente diferentes, toda vez que los rendimientos financieros se generan por las inversiones realizadas por el fondo, en un período establecido, y dichos rendimientos pueden presentar una desvalorización en su rentabilidad en virtud de la volatilidad del mercado, lo que puede generar afectación de las

cuentas de ahorro individual individuales. Sin que lo mismo se pueda predecir de la indexación que se ordena por los conceptos de gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y del descuento para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues este último se ordena en virtud de la depreciación de la moneda.

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**



**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	: YANIRA QUICAZAQUE GARCÍA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-005-2022-00121-01
RADICADO INTERNO	: 239-22
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