

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

|                   |  |
|-------------------|--|
| DEMANDANTE        | : OSCAR DARÍO PALACIO PALACIO  |
| DEMANDADO :       | : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y<br>CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y<br>COLPENSIONES |
| TIPO DE PROCESO   | : ORDINARIO  |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-019-2019-00333-01   |
| RADICADO INTERNO  | : 098-21   |
| DECISIÓN          | : ADICIONA, ORDENA, REVOCA PARCIALMENTE Y<br>CONFIRMA  |
| ACTA NÚMERO       | : 187  |

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 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.

De conformidad con el poder especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), al Dr. JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ SIERRA para que represente los intereses de la sociedad PORVENIR S.A., por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; se reconozca como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media. Se CONDENE a la sociedad COLFONDOS S.A. a

trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes realizados por el demandante, con los rendimientos financieros. Se CONDENE a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos según la norma más favorable; la indexación de las condenas. Se condene en costas procesales a las demandadas.

Como supuestos facticos con los que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 8 de enero de 1954; se afilió al ISS en julio de 1981 y cotizó hasta marzo de 2001; se trasladó a la sociedad PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 2001. Al momento del traslado no recibió información clara, completa y suficiente que le permitiera tomar de forma consciente e informada la decisión del traslado; que la sociedad PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de información y buen consejo. A la presentación de la demanda cuenta con 62 años de edad y mas de 1.300 semanas cotizadas, cumpliendo los requisitos del Régimen de Prima Media.

Colfondos se allanó a la demanda y no se opuso a las pretensiones de la demanda, a excepción de la condena en costas, al no presentar oposición a la demanda (fl. 187).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 22 de abril de 2021, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado o la vinculación del demandante al Régimen de Ahorro Individual y consecuentemente, que para efectos pensionales, ha estado afiliados al Régimen de Prima Media. Le ORDENÓ a Colpensiones a aceptar el regreso del demandante a esa entidad. Le ORDENÓ a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de este, tales como, cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, tal como lo consagra el artículo 1746 del C.C., sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, con destino a la Colpensiones; y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral. Dispuso que las restantes AFP a las que estuvo vinculado el demandante, trasladen con destino a Colpensiones, los gastos de administración y comisiones que hubieren percibido durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo. DECLARÓ que al Sr. OSCAR DARÍO PALACIO PALACIO le asiste derecho a la pensión de vejez, bajo las previsiones de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, la cual estará a cargo

de Colpensiones, quien procederá a disponer el disfrute de la prestación económica, que se causó el 8 de enero de 2019, desde el momento en que se verifique la desafiliación expresa o tácita del sistema general de pensiones y el retiro del servicio, sobre 13 mesadas pensionales por año. Preciso que el pago efectivo tanto del retroactivo como de las mesadas pensionales, se ha de producir luego de cuatro (4) meses contados a partir del momento en que el fondo de pensiones COLFONDOS S.A. entregue los dineros antes mencionados a Colpensiones, una vez verificado el retiro del sistema y del servicio. Condenó en costas a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

### **IMPUGNACIÓN**

**La apoderada de PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación, manifestando que formulario de afiliación suscrito, es un documento que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y contiene lo exigido por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, y los documentos no se desconocieron ni se tacharon.

Frente a la falta de prueba del cumplimiento del deber de asesoría con el demandante, lo cual no se ajusta a la realidad procesal, aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada bajo una decisión libre e informada, que se acredita con el formulario de afiliación y con la conducta del demandante, el cual permaneció en el Régimen de Ahorro Individual, realizaron traslados horizontales entre fondos privados y permitieron el descuento con destino a estas entidades. Y al ser analizada esa prueba en su conjunto, dan la certeza que su interés era la de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

Que no se puede imponer cargas jurídicas distintas a su representada a las que se preveían en las leyes existentes al momento de la afiliación del demandante pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo; para el momento que se realizó el acto jurídico, el demandante era capaz y el acto contenía objeto y causa lícita.

En el hipotético caso de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, considera que el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, determina cuales dineros se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, tal y como es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, sin que haya lugar a trasladar otro valor porque no financian

la pensión del demandante. En caso de ordenar el traslado de dineros diferentes, se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Considera que opera la prescripción de los gastos administración al corresponder a valores que no pertenecen a los afiliados porque no financian la pensión de vejez y no son parte integrante de ella, por lo que se debe aplicar los arts. 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Solicita que se analice el caso particular, donde se dice que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó los presupuestos de ley para declarar la ineficacia por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, al haber cumplido con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación.

**El apoderado de Colpensiones** apela la sentencia porque desconoce la sostenibilidad financiera y viola la Constitución Política; estas decisiones traen un impacto fiscal que se traduce en la descapitalización del Régimen de Prima Media. Solicita se revise la sentencia y se absuelva a su representada.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de PORVENIR S.A.**, solicita que su representada sea absuelta de todas las pretensiones de la demanda por considerar que no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento con el cambio de régimen, y no se probó las causales previstas en el art. 1741 del Código Civil. Invoca los vicios del consentimiento consagrados en el art. 1598, 1515, 1517 y 1524 ibidem. Si lo pretendido es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece una multa administrativa, y si bien se dice que queda sin efecto la afiliación, no se refiere al art. 1740 y ss del Código Civil; retoma el art. 899 del Código de Comercio; que en este asunto, ninguno de presupuestos legales, se allegaron ni fueron demostrados en el proceso, porque el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, y no fue tachado ni desconocido como lo disponen los arts. 246 y 272 del CGP. Que, en caso de presentarse alguna irregularidad distinta a la nulidad absoluta, la misma estaría saneada conforme los arts. 1742 y 1743 por la ratificación tácita de la parte demandante. Que la AFP le garantizó el derecho de retracto, lo cual se prueba con la publicación realizada en el diario el Tiempo, el 14 de enero de 2004, tal y como lo dispuso el art. 3º del Decreto

1161 de 1994, sin que se ejerciera esta facultad. En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa. Frente a la falta de pruebas del cumplimiento de los deberes de información, completa, veraz y oportuna, ello no se ajusta a la realidad procesal.

Que la accionada cumplió con la carga procesal impuesta, al aportar los documentos que tenía a su poder para demostrar que la vinculación de la accionante fue producto de una decisión libre e informada. Que es un hecho objetivamente demostrable que, durante el tiempo de vinculación, la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado y no hizo uso del derecho de retracto, lo que se debe entender como “la verificación de la voluntad del afiliado”. Que no se le puede imponer cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación. Del interrogatorio de parte absuelto se extrae que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para ella relevantes que ahora echa de menos, pese a contar con diferentes canales de atención. Que no se puede confundir la ineficacia del acto jurídico con la nulidad absoluta.

En caso de considerar que el negocio jurídico no tuvo validez, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las establecidas en el art. 113 de la Ley 100 de 1993 porque condenar a un pago adicional configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; retoma el art. 1746 del Código Civil y el Concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020. Que los gastos de administración y las primas de seguros al no corresponden a valores que le pertenecen a los afiliados porque no financian la pensión de vejez y no son parte integrante de ella, por lo que se debe descartar su imprescriptibilidad.

Que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Retoma apartes del salvamento de voto de la sentencia 5912 de 2020.

**El apoderado de Colpensiones** solicita que las pretensiones del demandante, sean negadas, al considera que en los casos de nulidades del traslado de régimen pensional, se debe hablar de la carga dinámica de la prueba, la cual ha creado una situación ventajosa a los afiliados, puesto que su simple afirmación les permite obtener el traslado al Régimen de Prima

Media, sin que sea necesario que allegue elementos probatorio al interior del proceso; con esa situación se le impone al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, pues con esta situación se altera la lógica probatoria.

Llama la atención, frente a la protección del sistema de Prima Media, que los casos de nulidades, están teniendo un impacto fiscal para Colpensiones, porque cuando los afiliados efectúan el traslado de régimen estando próximos a cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, se contribuye a desfinanciar el Sistema de Prima Media y, se pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Que, en las sentencias relacionadas con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se culpa que las administradoras del Régimen de Ahorro Individual, de no proporcionar una información suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna, desconociéndose las etapas del deber de información que tienen las administradoras de pensiones, donde la Primera Etapa: corresponde al Decreto 663 de 1993. La segunda etapa: corresponde a La ley 1328 de 2009 y al Decreto 2241 de 2010. Y la tercera etapa: corresponde a la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Que de lo anterior se debe entender, que la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar, se deben valorar con la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Hacer referencia a la sentencia SL 373 de 2021, la cual moderó el precedente, respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual , y el Tribunal Superior de Medellín, en su Sala Laboral reflexionó que, al haberse adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar al estatu quo ante. Y en este sentido, si el demandante tiene una situación jurídica consolidada o se encuentra pensionada solicita, que no se declare la nulidad o ineficacia de traslado.

En caso de prosperar las pretensiones del demandante, solicito se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades entre otros.

### **PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO**

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en apelación: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si la sociedad PORVENIR S.A. debe trasladar dineros diferentes a los consagrados en el art. 113 de la Ley 100 de 1993; y iii) Si se desconoce la sostenibilidad financiera.

Por su parte, en el grado jurisdiccional de consulta, se deberá analizar: i) Si se debe adicionar la sentencia, ordenándole a COLFONDOS S.A. a trasladar los gastos de administración y comisiones indexados y a trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima; ii) Si se debe revocar parcialmente la sentencia, para en su lugar ordenarle a COLFONDOS S.A. a trasladar las sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas, y revocar la orden de devolver el bono pensional; iv) Si PORVENIR S.A. debe trasladar los gastos de administración y comisiones debidamente indexados; v) Si se debe adicionar la sentencia, ordenándole a PORVENIR S.A. sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas; y vi) Si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez en los términos indicados en primera instancia.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía 40 años de edad al haber nacido el 8 de enero de 1957 (fl. 10); cotizó al ISS desde el 7 de julio de 1981 al 31 de marzo de 2001 (fl. 49 a 51); solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 7 de marzo de 2001 (fl. 221); se trasladó a COLFONDOS S.A. el 24 de junio de 2008 (fl. 15 y 47).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que en el año 2000 trabajaba con EADE, los citaron a una reunión a las personas que trabajaban en el sector, llegaron asesores de PORVENIR S.A. y les dijeron que el ISS se estaba quebrando y en ese momento estaba el caos con la salud, y ofrecieron la vinculación al fondo de pensiones con base

en las dos situaciones que pasaba el ISS; fue una asesoría grupal, , fueron 6 o 7 asesores, no había representante de la empresa ni del ISS; una vez le dieron la información los reunieron por grupos y les decían que no le convenía quedarse en el ISS y el asesor diligenciaba el formulario; el atractivo que utilizó PORVENIR S.A. para que ellos se vincularan a la empresa fue la situación que vivía el ISS en ese momento y llevaron asesoras muy atractivas; les dijeron que se iban a jubilar mejor que si estaban en el ISS; que iban a tener buen porvenir, las familias iban a quedar muy bien, que el monto de la pensión la fijaba en su momento, se podía fijar a 10 o 15 años, o si querían que les devolvieran la plata en 6 meses se la devolvían completa; que la familia no iba a quedar desprotegida. La conferencia que dieron fue de 40 minutos, en adelante iniciaron la vinculación de las personas; les dijeron que ellos solicitaban el bono pensional para que ese bono siguiera creciendo. No le hablaron de los aportes voluntarios. Le dijeron que los aportes en el fondo privado podían ser heredables; que los dineros iban a generar rendimientos. No leyó el formulario antes de formarlo; el traslado lo realizó por el convencimiento que utilizaron para convencerlo que el ISS estaba quebrado y como veían el problema del sector de la salud, eso miraron. La motivación que tuvo para trasladarse a COLFONDOS S.A. porque le ofrecían menores ventajas y porque en PORVENIR S.A. no volvió a recibir información.

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 permite 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 indico 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 sentencia 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 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 PORVENIR S.A. aporte copia del formulario de afiliación, respuesta a requerimiento; y comunicados de prensa (fl. 160 a 227), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS 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 ineficacia del traslado o la vinculación del demandante; y la orden dada a COLFONDOS S.A. de trasladar cotizaciones obligatorias y rendimientos.

## **2. De los efectos de la ineficacia**

- Frente a la devolución de las **cuotas de administración debidamente indexados**, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece las sentencias SL 1688 y 1689 de 2019, 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 lo ahorrado o se hubiere hecho pagos posteriores a la cotización, 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 y fueron administrados por la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliado la parte demandante 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 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.

Se CONFIRMARÁ la orden dada a PORVENIR S.A., de trasladar a Colpensiones este concepto por el tiempo que estuvo el demandante realizando aportes a dicho fondo, y se ADICIONARÁ que las cuotas de administración se deben trasladar debidamente indexadas.

Se ADICIONARÁ la sentencia ORDENÁNDOLE a COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones este concepto por el tiempo que estuvo el demandante realizando aportes a dicho fondo, debidamente indexado.

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.

- **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,.”*

Como consecuencia de lo anterior, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se le ORDENARÁ a la sociedad COLFONDOS S.A. a realizar la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexado. Y se ADICIONARÁ la sentencia ORDENÁNDOLE a PORVENIR S.A. a trasladar las sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexado, por el tiempo que el actor realizó aportes a dicho fondo de pensiones.

- 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. y COLFONDOS S.A. pero a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, la primera de ellas, tuvo que trasladar dicho porcentaje a COLFONDOS S.A., por lo tanto es que se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad COLFONDOS S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

### **3. Frente a la orden de trasladar el bono pensional**

En lo que respecta a la orden dada a COLFONDOS S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 62 años, ellos es, para el **8 de enero de 2019** al haber nacido el 8 de enero de 1957, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se REVOCARÁ PARCIALMENTE la sentencia, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

### **4. De la sostenibilidad financiera**

Considera esta Corporación que este principio 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.”*

## **5. Del reconocimiento de la pensión de vejez.**

Ahora, con respecto al derecho a la pensión solicitada en la demanda, en primera instancia se declaró que al demandante tiene derecho a la pensión de vejez, bajo las previsiones de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, la cual estará a cargo de Colpensiones, quien procederá a disponer el disfrute de la prestación económica, que se causó el 8 de enero de 2019, desde el momento en que se verifique la desafiliación expresa o tácita del sistema general de pensiones y el retiro del servicio, sobre 13 mesadas pensionales por año.

En respuesta emitida por EPM el pasado 23 de junio de 2021 ante requerimiento elevado por la Sala, se extrae, que el demandante labora para dicha entidad desde el 27 de junio de 2007 a la fecha, y su vinculación ha sido bajo la calidad de trabajador oficial.

Una vez analizada la prueba allegada al plenario, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia, toda vez que el accionante no es beneficiario del régimen de transición porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que lo fue el 30 de junio de 1995, tenía 38 años de edad al haber nacido el 8 de enero de 1957. En por tanto, al actor le es aplicable el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, el cual exige para el reconocimiento de la prestación económica, los 62 años de edad para el caso de los hombres y 1300 semanas, requisitos que acredita el demandante desde el 8 de enero de 2019, fecha en que alcanza la edad mínima pensional y según la historia laboral expedida por COLFONDOS S.A. visible a fls 53, se logra determinar que al 31 de marzo de 2019 el demandante contaba con un total de 1.770 semanas cotizadas en toda la vida laboral.

Ahora, en lo que respecta a la fecha a partir de la cual tiene derecho el demandante al reconocimiento de la pensión de vejez, se tiene que el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez, sin olvidar las exigencias señaladas por los arts. 13 y 35 ibídem, en relación a la causación, disfrute y pago de la pensión, esto es, la desafiliación o retiro del servicio o del régimen.

Así las cosas, como del certificado emitido por EPM, del cual se desprende que el actor aun se encuentra laborando, razón por lo que se confirmará el reconocimiento de la pensión de vejez limitando el disfrute de la pensión, una vez se retire del servicio, tal y como lo han señalado las sentencias 35.018 de 2009, reiterada, en la 41.769 de 2010, 38027 de 2012, SL 5504 y SL 16780 de 2014, SL 8997 de 2016, SL 163 y SL 6587 de 2018 entre otras.

En lo que respecta al IBL se deberá liquidar conforme los arts. 21 de la Ley 100 de 1993 y se debe tomar el IBL más favorable, y el monto se deberá calcular con el art. 34 de la Ley 100 de 1993; y se deberá reconocer 13 mesadas pensionales, por ser reconocida la prestación con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005.

De conformidad con lo analizado, es que se CONFIRMARÁ la sentencia en este punto en concreto.

Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo cada una de entidades accionadas, PORVENIR S.A. y Colpensiones, por no haber salido avante los recursos de apelación 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: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENARLE** a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar las cuotas de administración debidamente indexados, y a trasladar las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas por el tiempo que el demandante realizó aportes en dicho fondo, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia, en el sentido de **ORDENARLE** a COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones las cuotas de administración por el tiempo que estuvo el demandante realizando aportes a dicho fondo,

debidamente indexado, y a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

**TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia, y en su lugar **ORDENARLE** a la sociedad COLFONDOS S.A. a realizar la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexado.

**CUARTO: REVOCAR** la sentencia, en lo que respecta a la orden dada a COLFONDOS S.A. de trasladar el bono pensional, para en su lugar indicar, que en caso de que el bono pensional haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín.

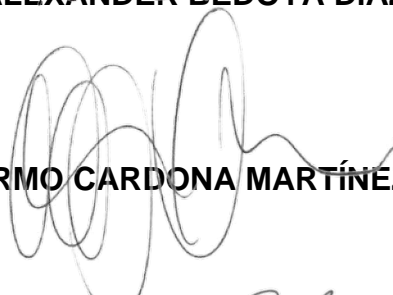
**CUARTO:** Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo cada una de entidades accionadas, PORVENIR S.A. y Colpensiones.

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        | : OSCAR DARÍO PALACIO PALACIO  |
| DEMANDADO :       | : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y<br>CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y<br>COLPENSIONES |
| TIPO DE PROCESO   | : ORDINARIO  |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-019-2019-00333-01   |
| RADICADO INTERNO  | : 098-21   |
| DECISIÓN          | : ADICIONA, ORDENA, REVOCA PARCIALMENTE Y<br>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 05-001-31-05-019-2019-00333-01  
Radicado Interno 098-21