

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

DEMANDANTE : ANGELA CECILIA ESCOBAR ORTIZ
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. Y
COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: PENSIONES DE ANTIOQUIA
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-008-2018-00538-01
RADICADO INTERNO : 091-21
DECISIÓN : MODIFICA PARCIALMENTE, DECLARA, ORDENA,
ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 188

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.), a la sociedad LÓPEZ Y ASOCIADOS S.A.S.; y el certificado de existencia y representación de la sociedad en mención, en el que se certifica que *“Documento Privado Sin Núm. del Representante Legal, del 23 de octubre de 2019, registrado el 25 de octubre de 2019 bajo el número 02518527 del libro IX, de conformidad con el Artículo 75 del Código general del proceso fue inscrito como apoderado(s) judicial(es) y extrajudicial(es): ... Castellanos López Alejandro Miguel”*. 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, disponiendo el regreso automático a Colpensiones, debido a la información parcializada que suministraron los fondos privados. Solicita se le ordene a OLD MUTUAL S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido y que hagan parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales o sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado. ORDENARLE a Colpensiones a recibir dichos aportes y autorice el regreso del actor al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad en la afiliación, y se condene en costas a las demandadas.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que, según la historia laboral de la sociedad OLD MUTUAL, la demandante registra afiliación al Régimen de Prima Media entre enero de 1989 y junio de 1995 siendo el empleador el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid; en el mes de julio de 1995, la demandante fue visitada por un asesor de PORVENIR S.A. el cual le indicó que le convenía trasladarse al Régimen de Ahorro Individual; el 18 de mayo de 2009 le solicitó a PORVENIR S.A. regresar al Régimen de Prima Media y tener derecho a la pensión de vejez con el régimen de transición por tener más de 35 años al 30 de junio de 1995, dado que nació el 19 de agosto de 1959 y radicó formulario en el ISS el 14 de agosto de la misma anualidad. El ISS no le resolvió de fondo su solicitud. En el mes de septiembre de 2010, la demandante se afilió a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL al ser convencida por el asesor que el Régimen de Ahorro Individual era su mejor opción. Ninguno de los fondos privados le proporcionaron una información suficiente, completa y clara información sobre las implicaciones de seguir en el Régimen de Ahorro Individual.

En la etapa de práctica de pruebas, el Juzgado ordenó integrar a PENSIONES DE ANTIOQUIA (fl. 180).

PENSIONES DE ANTIOQUIA en respuesta a la demanda (fls. 195 a 197) manifestó que la demandante estuvo vinculada al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid hasta el 30 de junio de 1995, cuando no había empezado a regir la Ley 100 de 1993 para las entidades territoriales, ni PENSIONES DE ANTIOQUIA administraba el Régimen de Prima Media; y consideró que el acto de afiliación al fondo privado cumple los requisitos de ley. Aceptó la afiliación

de la demandante al Régimen de Prima Media entre enero 1989 a junio de 1995, siendo el empleador el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid. Que no le constan los demás hechos, porque en PENSIONES DE ANTIOQUIA no hay registro que permite afirmar o negar los hechos de la demanda.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 8 de julio de 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado que realizó la demandante a PORVENIR S.A. y el posterior traslado a OLD MUTUAL S.A. y que le asiste el derecho a acceder a los beneficios del Régimen de Prima Media. Le ORDENÓ a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a PENSIONES DE ANTIOQUIA, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos causados. Le ORDENÓ a PENSIONES DE ANTIOQUIA a recibir los aportes provenientes de OLD MUTUAL S.A. y tener como afiliado al demandante. ABSOLVIÓ a Colpensiones de todas las pretensiones. Impuso costas a PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de OLD MUTUAL S.A. solicita se revoque la sentencia porque el acto de traslado de régimen pensional se dio conforme la normatividad vigente para el momento; la demandante era una persona capaz y tenía la capacidad de obligarse sin que justifique que la inconformidad del monto de su pensión alegue que no se cumplió el deber de la administradora de pensiones. Tampoco existe vicio del consentimiento porque conforme lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia existen ciertos deberes y de responsabilidad por parte de los afiliados y que en este caso esa actuación, brilla por su ausencia.

Y respecto a los gastos de administración y aseguramiento solicita se tenga en cuenta que los mismos tienen fundamento en el art. 20 de la Ley 100 de 1993; que esos gastos se generan para que exista un cubrimiento en caso de una eventualidad de invalidez o muerte del afiliado y para generar unos rendimientos de la cuenta de ahorro individual, los cuales se generaron y se acredita en el estado de cuenta aportado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones solicita se confirme la sentencia de primera instancia, respecto a la absolución de su representada, porque si bien, se declaró la ineficacia de la afiliación y Pensiones de Antioquia es un fondo privado que no permite realizar nuevas admisiones, dicha entidad deberá recibir nuevamente como afiliada a la demandante en razón a la afiliación inicial, y es dicha entidad la que resuelva la solicitud de reconocimiento y pago de la prestación. Invoca la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de la Dra. Ana María Zapata.

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, 1598, 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, y se ratifica en el interrogatorio de parte; que ese documento no fue tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. 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, 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 por espacio de más de 15 años 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 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. Que no se debe acceder a las pretensiones de la demanda, al encontrarse la parte accionante incurso en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del recurso de apelación: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si la sociedad OLD MUTUAL S.A. debe trasladar los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

En el grado jurisdiccional de consulta se deberá analizar i) Si PENSIONES DE ANTIOQUIA es la entidad encargada de recibir el traslado de los dineros ordenados en primera instancia; ii) Si se debe adicionar la sentencia, en el sentido de ordenarle a OLD MUTUAL S.A., a trasladar las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas y el porcentaje de garantía de pensión mínima; ii) Si se debe adicionar la sentencia en el sentido de ordenarle a PORVENIR S.A. a trasladar las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas por el tiempo que la demandante realizó aportes a dicho fondo.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 19 de agosto de 1959 (fl. 16); de la certificación electrónica de tiempos laborados -CETIL aportada por el POLITÉCNICO COLOMBIANO JAIME ISAZA CADAVID ante requerimiento realizado por la Sala, se extrae que la hoy demandante estuvo vinculada al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid desde el 17 de enero de 1989 hasta el 30 de junio de 1995, periodo en que no se realizó aporte a ninguna caja o fondo de pensiones y donde el responsable de los aportes es la misma entidad. Igualmente se encuentra acreditado que la demandante se afilió a PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1995 (fl. 114), y se trasladó a la sociedad SKANDIA S.A. el 26 de julio de 2010 (fl. 77).

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 nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones; estuvo afiliada a PORVENIR S.A., SKANDIA y OLD MUTUAL; su motivación para que Colpensiones la tenga como afiliada es porque ella no se ha podido pensionar porque dicen que no tiene el dinero para pensionarse, ya tiene la edad y porque fue mal asesorada; saber que no tiene el monto de dinero porque pidió una proyección a OLD MUTUAL; realizó afiliación a PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1995 porque les dijeron en la institución donde labora que debían escoger un fondo para trasladarse porque en el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid no tenían un fondo o no sabe a dónde iban los fondos, y les dijeron que debían escoger un fondo y de ahí llegaron todos los fondos a visitarlas a las oficinas y ella espero un tiempo para escoger, en ese tiempo llegó a la oficina un asesor de PORVENIR y escogió ese fondo que fue el que primero la visitó en la oficina. El asesor le dijo que PORVENIR S.A. era un fondo con muy buena proyección, muy buenos dineros, la plata estaba segura, el ISS se iba a quebrar y a acabar y allá la plata se iba a perder y se trasladó. Ella pensó que las cotizaciones a pensiones antes de junio de 1995 era con el ISS pero después averiguando le dijeron que no, y hay gentes que está pensionada con PENSIONES DE ANTIOQUIA; no le explicaron qué iba a pasar con el dinero que cotizó antes de pasarse a PORVENIR S.A.; no le hablaron de los aportes voluntarios y su importancia; no le hablaron de la pensión anticipada; ella no fue a PORVENIR S.A. a pedir información porque ella no pensaba en la pensión; se trasladó a OLD MUTUAL en el año 2010 porque llegó un asesor ofreciendo mejores rendimientos. Se afilió al sistema de seguridad social en pensiones en 1996; el primer fondo al que se afilió fue PORVENIR S.A.; ella inició a laborar en el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid en el año 1989, y es de carrera administrativa desde 1989; no sabe la seguridad social no sabe a cargo de quien estaba, dicen que PENSIONES DE ANTIOQUIA por ser a nivel Departamental.

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 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 **afiliarse a dicho fondo de pensiones**, 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 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 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 certificado de la vigencia de afiliación, empleadores que realizaron aportes y valores trasladados a OLD MUTUAL; historial de vinculaciones de ASOFONDOS, consulta Multifondos, relación histórica de movimientos, relación de aportes, consulta de afiliación a PORVENIR S.A., comunicados de prensa y respuesta a solicitud de traslado de régimen del 28 de mayo de 2009 (fls. 113 a 147), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

En virtud de lo analizado en el plenario, se hace necesario precisar que, la demandante no estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con anterioridad al 30 de junio de 1995, conforme certificación electrónica de tiempos laborados - CETIL aportada por el POLITÉCNICO COLOMBIANO JAIME ISAZA CADAVID. En este sentido, se debe entender, que al momento de tomar la decisión de afiliarse al Sistema General de Pensiones por medio de la sociedad PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1995, no se trataba de un traslado de régimen sino de una afiliación, y en esa oportunidad la AFP PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindar una información clara, suficiente, amplia, oportuna; información que no se brindó o por lo menos no lo acreditó.

Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse que la selección del régimen pensional de manera libre y voluntaria que exige el art 13 de la Ley 100 de 1993, se encuentra efectuado con el formulario de afiliación al sistema general de pensiones, que la demandante elevó a Colpensiones el 30 de septiembre de 2018 visible a fl. 32. Lo que genera que el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás conceptos a

los que haya lugar, se deben realizar a Colpensiones y no a PENSIONES DE ANTIOQUIA, como se había indicado en primera instancia.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser MODIFICADA PARCIALMENTE en el sentido de DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la Sra. ANGELA CECILIA ESCOBAR ORTIZ a la sociedad PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1995 y el posterior traslado a la sociedad OLD MUTUAL S.A.. Y se le ORDENARÁ a la sociedad OLD MUTUAL S.A. a trasladar a Colpensiones, los conceptos a los que haya lugar, y no a PENSIONES DE ANTIOQUIA.

Se CONFIRMARÁ la orden dada a OLD MUTUAL S.A. de trasladar, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos causados.

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 la sentencia 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 o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliado el demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; y 3º) porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL 1421 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.

- **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,.”*

Por lo tanto, se ADICIONARÁ la sentencia en el sentido de ORDENARLE a la sociedad OLD MUTUAL S.A. a trasladar a Colpensiones 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, debidamente indexadas, por el tiempo que la demandante realizó aportes en dicho fondo.

Y respecto a la sociedad PORVENIR S.A. se ADICIONARÁ la sentencia, en el sentido de ORDENARLE a dicha AFP, a que realice la devolución a Colpensiones de 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 en dicho fondo, y esos conceptos deben ser debidamente indexados, teniendo en cuenta los efectos que genera la ineficacia de la afiliación, y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2877 de 2020 al señalar *“Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional **cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS**, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; (...) De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. (...)**”* (Resalto fuera del texto).

- 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.y OLD MUTUAL 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 OLD MUTUAL S.A., por lo tanto es que se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad OLD MUTUAL S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

Costas en esta instancia en la suma de \$908.526, a cargo de la sociedad OLD MUTUAL S.A. por no haber salido avante el recurso interpuesto.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por la Sra. ANGELA CECILIA ESCOBAR ORTIZ a la sociedad PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1995 y el posterior traslado a la sociedad OLD MUTUAL S.A.. Y **ORDENARLE** a la sociedad OLD MUTUAL S.A. a trasladar a Colpensiones, los conceptos a los que haya lugar, y no a PENSIONES DE ANTIOQUIA. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **ORDENARLE** a la sociedad PORVENIR S.A., que realice la devolución a Colpensiones de 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 en dicho fondo, y esos conceptos deben ser debidamente indexados.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **ORDENARLE** a la sociedad OLD MUTUAL S.A. a trasladar a Colpensiones 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, debidamente indexadas, por el tiempo que la demandante realizó aportes en dicho fondo, y a trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$908.526, a cargo de la sociedad OLD MUTUAL S.A..

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 : ANGELA CECILIA ESCOBAR ORTIZ
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. Y
COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: PENSIONES DE ANTIOQUIA
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-008-2018-00538-01
RADICADO INTERNO : 091-21
DECISIÓN : MODIFICA PARCIALMENTE, DECLARA, ORDENA,
ADICIONA 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