

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, primero (01) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: CARMEN EMILIA MORALES ZAPATA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-023-2019-00865-01
RADICADO INTERNO	: 317-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 339

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 se DECLARE qué Porvenir S.A. engañó a la demandante con el fin de trasladarla y mantenerla afiliada en el régimen de ahorro individual y se DECLARE la ineficacia del traslado a dicho régimen y se ordene la inmersión en el régimen de prima media con prestación definida como una filiación válida, vigente, y sin solución de continuidad; se DECLARE que Colpensiones debe aceptar el traslado y se CONDENE a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones, bonos y rendimientos que se hubiere causado, y se CONDENE a Porvenir S.A para que al momento del traslado de los dineros de la demandante pague con su propio patrimonio los dineros que por concepto de descuento del artículo 20 de la ley 100 de 1993 fueron realizados de las cotizaciones hechas por la demandante y se

CONDENE a Colpensiones a recibir todas las cotizaciones y rendimientos que traslade Porvenir y se condene en costas a la demandada.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 27 de agosto de 1963 y comenzó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales a partir del 15 de noviembre de 1982 efectuando aportes hasta el 28 de agosto de 1995, que el 29 de agosto de 1995 debido a un escueto asesoramiento efectúa traslado de régimen pensional afiliándose al régimen de ahorro individual a la AFP PORVENIR S.A dónde se encuentra afiliada hasta la fecha. Qué Porvenir S.A ni Colpensiones le anunciaron o le informaron a la demandante que el posible monto de la pensión no sería definitivo pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podrían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado, que tampoco comunicaron a la demandante qué en el evento del reconocimiento de una pensión en el régimen de prima media está se podía calcular de acuerdo a la semanas cotizadas y los salarios devengados en los últimos 10 años, que tampoco le hicieron un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen incumpliendo así el deber de diligencia que impone su responsabilidad profesional derivada de la prestación de un servicio público esencial que tiene como fuente un derecho fundamental e irrenunciable cómo es la seguridad social. Que por lo anterior no puede predicarse que el traslado se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones pues fue inducido en error, tanto así, que si se le hubiera suministrado la información veraz y suficiente no habría tomado la total decisión de trasladarse. Que el 25 de enero del 2019 la AFP Porvenir informó a la demandante que según el resultado de la proyección en el régimen de ahorro individual con solidaridad, a los 57 años de edad tendría una mesada pensional equivalente a un salario mínimo, y que según proyección realizada por el mismo fondo la mesada pensional en el régimen de prima media ascendería la suma de \$1.586.400 por lo que es posible determinar que si hubiese permanecido en el régimen de prima media el ingreso base de cotización sería superior, y por consiguiente, la cuantía de la pensión. Que el 18 de febrero del 2019 interpuso reclamación a Colpensiones solicitando que se le conceda el traslado de régimen por lo que se cuenta agotada la reclamación administrativa.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la fecha de nacimiento de la demandante, y frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado por expresa prohibición legal, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, detrimento patrimonial de los recursos del estado al admitir el traslado de régimen por vulneración al principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, eventual enriquecimiento sin causa por parte de Porvenir S.A. frente a la orden de traslado de los recursos de forma incompleta o parcial, inexistencia de la obligación de declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, inexistencia de elementos para la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al régimen de prima media por falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción, compensación y pagó, imposibilidad de condena en costas.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Al dar respuesta a la demanda no acepta ninguno de los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones, y propuso como excepciones la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 20 de octubre de 2022, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la señora CARMEN EMILIA MORALES ZAPATA, a PORVENIR S.A. en el Régimen de Ahorro individual con solidaridad. CONDENÓ a PORVENIR S.A. a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos rendimientos, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Advirtió a dichas entidades que, al momento de

cumplir la orden impartida, remita a Colpensiones la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. ORDENÓ asimismo a COLPENSIONES, recibir dichos recursos, convertirlos a semanas efectivamente cotizadas por la asegurada, actualizar su historia laboral y tener a la demandante como afiliada a dicha entidad sin solución de continuidad en el tiempo. CONDENO en costas a PORVENIR S.A., y en favor de la señora CARMEN EMILIA MORALES ZAPATA, y como agencias en derecho fijó la suma de 1 salario mínimo.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, **el apoderado de Porvenir S.A** interpuso recurso de apelación manifestando que con relación a la ineficacia de la afiliación no existían razones fácticas ni jurídicas para dicha declaratoria ya que fue probado de acuerdo con la documental que se aportó con la contestación de la demanda y con el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, que la misma si recibió información suficiente y necesaria, y su vinculación se dio en virtud de una decisión espontánea y libre, donde la demandada no ejerció ningún tipo de coacción, precisando demás que se le dio información suficiente, que además quedó probado que la voluntariedad de pertenecer al régimen de ahorro individual quedó plasmada en un formulario de afiliación que se aportó en debida forma, que no fue tachado de falso y que la demandante acepta haber firmado. Por otro lado, indica que por parte de la demandada se ha venido haciendo campañas masivas para informar a los consumidores financieros de los distintos cambios normativos y en todo caso se pone a disposición de los afiliados los distintos canales de comunicación para que resuelvan las dudas relacionadas con su futuro pensional.

Qué para la validez en su momento no se exigían documentos que debería guardar la demandada para el momento en que se suscribió la afiliación por lo que no se le puede exigir hoy a dicha entidad que se cumpla con esta carga cuando para esta época únicamente se exigía una información de carácter verbal, que por lo anterior, consecuencialmente debe ser revocada la condena consistente en trasladar a Colpensiones los dineros recibidos con motivo de la afiliación, pero que si se decide confirmar la sentencia respecto a la

declaratoria de la ineficacia solicita que no se condene a Porvenir a trasladar las cuotas de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues indica que se trata de sumas que fueron descontadas por mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993 y que además se utilizaron para generar inversiones que generaron rendimientos y que benefician al afiliado, y en cuanto a los seguros previsionales se utilizaron para pagarlos a un tercero por lo que dichas sumas no están hoy en día en patrimonio de Porvenir y que por lo tanto atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema solicita revocar esta condena. Por último, en cuanto a la condena en costas solicita sea revocada la misma teniendo en cuenta que la entidad ha obrado de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir presenta alegatos de conclusión y señala con respecto a la ineficacia del traslado que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

Que la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Que, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

Que además toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y que por lo tanto se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso

05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Así mismo indica que no debe ser condena en costas por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe.

El apoderado de Colpensiones manifiesta que era obligación de la parte actora ejercer el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

Que en el caso particular las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC, puesto que, en esta disposición no se consagra una presunción de culpa, sino que se hace necesario la demostración de que el deudor ha incumplido, para que ya, con un propósito liberatorio, el demandado intente acreditar la diligencia y cuidado, el caso fortuito o la fuerza mayor.

Que además se deben de tener en cuenta las normas vigentes al momento del traslado, y que según este la Corte petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, lo que prácticamente hace que por vía jurisprudencial se determine en forma previa el peso probatorio del documento, puesto que lo convierte en una prueba legal, tasada o tarifada. Siendo ello así, el órgano de cierre asume una competencia que no le es propia, toda vez que la determinación del valor anticipado de una prueba le corresponde al legislador, en modo alguno al juzgador.

Así mismo menciona argumentos relacionados con los periodos mínimos de carencia y la limitación del traslado antes de que le falten menos de 10 años para pensionarse y su incidencia con la sostenibilidad financiera del sistema no siendo procedente en este caso el traslado pretendido.

En caso de que se confirme la sentencia solicita que se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 27 de agosto de 1963, (fls 01 PDF 02), y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 15 de noviembre de 1982, (fls 16 de la contestación de Colpensiones), y se trasladó a la AFP Porvenir S.A desde el 01 de septiembre de 1995, (fls 02 PDF 13).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se trasladó a Porvenir S.A en 1995 cuando trabajaba en la empresa Antencal, los visitaron personal de Porvenir e hicieron una reunión grupal donde le informaron sobre los traslados que fueron llamativos en su momento, les hicieron el formulario de afiliación, que en su momento les dijeron que iban a tener una mejor pensión y que con los rendimientos la pensión iba a quedar mas alta que en el ISS, que algunas veces le llegaban extractos de Porvenir, que la asesoría duró 20 minutos o media hora pero que no los volvieron a visitar después, que no le dieron si podía retornar al régimen público, que se le informó acerca de pensionarse anticipadamente.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

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

(Resalto fuera del texto)

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento

alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PORVENIR S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de vincularse a dicha entidad **en el año 1995**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente**.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado;

y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que

aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver “*los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales*”; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, **se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.**” (Resalto fuera del texto)*

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: “... *se adiciona el ordinal segundo*

en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de*

Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021)."

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

"Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."

Ahora, respecto al reproche de no condena en costas a Porvenir S.A indica la Sala que dicha petición no tiene vocación de prosperidad toda vez que según el artículo 365 del C.G.P se debe condenar en costas a quien es vencido en juicio como ocurre en esta oportunidad, además que debe tenerse en cuenta que fue dicha entidad la que no cumplió con el deber de información al momento del traslado según lo declarado en el proceso y que dio lugar a la declaratoria de la ineficacia pretendida

Por lo anterior lo legal y pertinente será CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

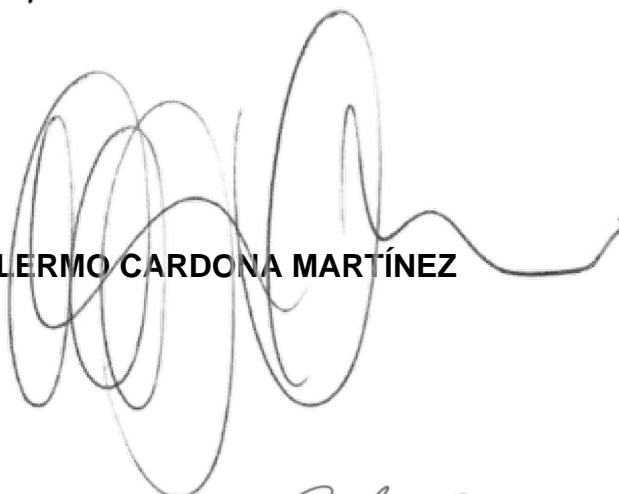
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO: 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

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-023-2019-00865-01
Radicado Interno 317-22



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: CARMEN EMILIA MORALES ZAPATA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-023-2019-00865-01
RADICADO INTERNO	: 317-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 02 de diciembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 02 de diciembre de 2022 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO