

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: LUZ ADRIANA ZAPATA MARÍN
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-005-2022-00181-01
RADICADO INTERNO	: 367-22
DECISIÓN	: ACLARA, ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 026

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 la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual; que la demandante siempre ha estado válidamente afiliada Régimen de Prima Media sin solución de continuidad.

Solicita se CONDENE a PORVENIR S.A. a trasladar al Régimen de Prima Media, la totalidad de los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras,

con todos los frutos, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración.

Se CONDENE a Colpensiones, a validar los aportes en pensiones, trasladados por la sociedad PORVENIR S.A. y a incorporarlos a la historia laboral; y se condene en costas a las accionadas.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 1º de mayo de 1996; al suscribir contrato de traslado al Régimen de Ahorro Individual se omitió la obligación del buen consejo, y no le brindaron una información clara y completa de las ventajas y desventajas del traslado; el 6 y 7 de abril de 2022 le solicitó a Colpensiones y PORVENIR S.A. respectivamente, el traslado Colpensiones negó la solicitud elevada.

RESPUESTAS DEMANDA

Colpensiones en su contestación aceptó que Colpensiones negó el traslado. No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. propuso las excepciones de carga dinámica de la prueba- particularidades del caso, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración-seguros previsionales. comisiones-indexados, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, imposibilidad de condena en costas, compensación (expediente digital 13).

La sociedad PORVENIR S.A. manifiesta en su contestación, no le consta la reclamación elevada a Colpensiones y la respuesta dada por dicha entidad a la demandante. Frente a los hechos restantes, dino que son ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la genérica (expediente digital 15)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 23 de noviembre de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado de la demandante del

Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento de la demandante al momento de afiliarse a PORVENIR S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria; declaró que la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculada al Sistema General de Pensiones.

CONDENÓ a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el cien por ciento de los aportes efectuados por la demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional (si ese es el caso), que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación de la demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de los recursos al Régimen de Prima Media, valores que deberán ser debidamente indexados.

CONDENÓ a la Colpensiones a recibir los aportes que la A.F.P. PORVENIR S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual por la demandante, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. Condenó en costas a la A.F.P. PORVENIR S.A. y absolvió a Colpensiones del pago de las costas procesales.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la orden de trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros adicionales indexados, argumentando que al retornar las cosas al estado natural, no se incluiría los gastos de administración dado que en el Régimen de Prima Media no se generan los rendimientos; considera que esa condenase trataría de una condena impuesta para reconocer el pago de perjuicios.

Apela la indexación invocando la sentencia 00161 de 2010 y sentencia SL 9316 de 2016; considera que es incompatible el reconocimiento de la indexación, dado que una de las obligaciones de la accionada era la de garantizar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual, lo cual se hizo al generar rendimientos, y porque los recursos no han sido afectados; que al generar la devolución de los rendimientos, estos se retornan con dineros actualizados y condenar a una indexación se estaría efectuando una nueva actualización de la moneda y una doble condena, lo cual sustenta con sentencias a favor de su representada del Tribunal de Cundinamarca y Cali

Se opone a la devolución de los seguros previsionales, porque se entregaron a terceros de buena fe que no se llamaron en garantía y se cumplió con la protección de los riesgos.

Y sostiene que las costas impuestas son excesivas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante, solicita que la sentencia sea confirmada y se adicione, en el sentido de condenar en costas conforme a lo establecido en el Acuerdo PSAA16-10554 y art. 366 del CGP.

El apoderado de Porvenir S.A. solicita que la sentencia sea revocada, argumentando que en este evento no se probó los eventos previstos en el art. 1741 del CC a efectos de declarar la nulidad absoluta ni relativa del traslado, lo que genera que el acto sea válido. 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 párrafo del art. 54A del CPT, y contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, donde la selección fue libre, espontánea y sin presiones; que ese documento no fue tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo como se dispone en los arts 246 y 272 del CGP. Que, en caso de presentarse, como no existe objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los arts. 1742 y 1743 del CC por la ratificación tácita de la parte demandante. Que PORVENIR S.A., le garantizó el derecho de retracto, conforme la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como se dispuso en el art. 3º del Decreto 1161 de 1994, lo que debe valorarse como negligencia de su parte. Que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo confirmó al suscribir el formulario de afiliación. Que no se ajusta a la realidad la afirmación que la entidad no allegara pruebas del cumplimiento de sus deberes al momento de la vinculación, al haberse cumplido con la carga procesal al aportar los documentos que tenía su poder, para demostrar que la parte actora ha estado vinculada, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se demuestra con un documento que se presume auténtico, y con la conducta del afiliado que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado. Que la conducta de haber permitió 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 2020; 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. Uno de los argumentos de mayor relevancia para no acceder a las pretensiones, es el contenido de la sentencia C 1024 de 2004. Retoma apartes del salvamento de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo de 2020, donde expresó que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado.

Y con fundamento en lo anterior solicita se revoque la sentencia en su integridad proferida y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia en primer lugar, ante la imposibilidad de traslado de régimen impuesta en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, luego que la parte demandante solicitara el traslado, con posterioridad al cumplimiento de la edad limítrofe establecida y en la actualidad pretende la declaración de ineficacia, cuando el único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener el Régimen de Prima Media al

momento de pensionarse, lo que no constituye en un fundamento legal para que se concedan la pretensiones invocadas.

Por otro lado, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, por lo que solicita se tenga presente, que los vicios del consentimiento deben ser probados y en este caso, el engaño no se encuentra válidamente acreditado, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad; la parte actora es una persona plenamente capaz, la cual, en forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas; el desconocimiento de la ley no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado, por lo tanto, el error alegado y aceptado por el Juez se desvirtúa.

En caso de confirmarse la ineficacia, solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz. Se tenga en cuenta, que Colpensiones es una entidad de orden público y va entrar en un detrimento patrimonial si debe reconocer una pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado en el tiempo que duro su vínculo con el Régimen de Ahorro individual; lo anterior con fundamento en las sentencias SL 1421, SL 1452 y SL 1688 de 2019; Así mismo, no es procedente imponer cargas económicas adicionales a Colpensiones, por lo tanto, el traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido a esta entidad.

Solicita que, en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora debidamente indexados.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia, en virtud del **recurso de apelación**, se centra en analizar: i) Si hay lugar a revocar la orden dada PORVENIR S.A. de trasladar las comisiones de administración y el seguro previsional indexados; ii) Si hay lugar a modificar el valor de las costas procesales a cargo de PORVENIR S.A.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta** se deberá analizar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si la afiliación de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual por falta de consentimiento informado, derivó un error en el consentimiento de la demandante; ii) Si se deberá aclarar la sentencia, el concepto relativo a los gastos de administración comprendidos por “gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, debidamente indexados.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 35 años de edad, al haber nacido el 7 de noviembre de 1963 (fl 6 del expediente digital 03); cotizó al ISS desde el 12 de febrero de 1988 a marzo de 1993 (expediente administrativo 14); solicitó traslado a la sociedad HORIZONTES hoy PORVENIR S.A. y el traslado fue efectivo desde el 1º de mayo de 1996 (fl. 90 y 92 del expediente digital 15).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna al haber indicado que en 1996 se trasladó a PORVENIR S.A. sin que haya sido una decisión propia porque en ese año el nuevo empleador le indicó que para poderle dar el empleo debía pasarse de fondo; al suscribir el formulación de afiliación no estuvo presente un asesor de HORIZONTE; el formulario de afiliación se lo entregó la agencia de empleado donde se estaba vinculando; la empresa no le informó las características del Régimen de Ahorro Individual; su interés de retornar a Colpensiones es porque su mesada pensional en PORVENIR S.A. quedaría mas baja.

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

1. De la ineficacia del traslado

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

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

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

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

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una

información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

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

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A. la historial laboral consolidada; relación de movimientos, certificado de afiliación a PORVENIR S.A.; respuesta a solicitud; comunicados de prensa;

concepto 2019152169-003 del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera (expediente digital 15), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Ahora, frente a la manifestación hecha por el A Quo, cuando señala que la información entregada a la demandante no fue completa, cierta, veraz, oportuna, amplia ni entendible, fue parcializada porque no le informaron las desventajas que conllevaba ese traslado, por lo que eso genera un vicio en el consentimiento que ella entregó, que es un **error en el consentimiento**. Se hace necesario advertir, que para la Sala en estos procesos no se analiza la existencia de los vicios del consentimiento, y entre ellos el error, pues como bien lo señaló el A Quo, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia hacen referencia a la **falta al deber de información al momento del traslado de régimen**, siendo de allí de donde se deriva la ineficacia del traslado.

En relación con lo alegado por Porvenir S.A, habrá que señalar que la sentencia C 1024 de 2004, indicada por el apoderado, cuya norma acusada es de la ley 797 de 2003, hace referencia a que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta ser inadecuada para este proceso, además de sacarla del contexto en que la Corte Constitucional hizo el análisis, por cuanto el presupuesto fáctico para dicha aplicación razonable es que se hubiere entregado por parte de la AFP al usuario de la seguridad social, la información correcta al momento de la suscripción del formulario de afiliación o traslado, para el haber tomado una decisión informada y por ello no se aplica la nulidad, ni la inexistencia del acto jurídico, sino la ineficacia del mismo.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de la afiliación, **pero por las razones analizadas en esta providencia**; y se confirmará la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones los aportes, incluidos los frutos y rendimientos financieros, y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, debidamente indexados.

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 siguientes¹:

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

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, al señalar: “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”

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

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

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

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

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 RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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

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

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que la sentencia de primera instancia debe ser:

- ACLARAR la sentencia, en el sentido que la orden dada a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, los mismos se encuentran constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

3. Frente al valor de las costas de primera instancia

Debe anotarse que en posición pacífica del Tribunal Superior de Medellín, con respecto a la liquidación de las agencias en derecho en la sentencia, los reproches con respecto a estas, solo son recurribles una vez realizada la liquidación de costas, debiendo esperar a que se liquiden las costas en primera instancia, y en caso de existir inconformidad alguna del auto que las liquida,

se debe interponer el recurso de reposición conforme a lo estipulado en el CGP.

Y no se accederá a la solicitud elevada por la parte demandante en el alegato de conclusión, porque en posición pacífica del Tribunal Superior de Medellín, con respecto a la liquidación de las agencias en derecho en la sentencia, los reproches con respecto a estas, solo son recurribles una vez realizada la liquidación de costas, debiendo esperar a que se liquiden las costas en primera instancia, y en caso de existir inconformidad alguna del auto que las liquida, **se debe interponer el recurso de reposición conforme a lo estipulado en el CGP.**

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160000 a cargo de PORVENIR S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia, en el sentido que la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, los mismos se encuentran constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados, conforme fue explicado en la providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión

mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERA: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, **pero por las razones analizadas en esta providencia.**

CUARTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160000 a cargo de PORVENIR S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación.

QUINTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARIA SALA LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

EDICTO VIRTUAL

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

DEMANDANTE	: LUZ ADRIANA ZAPATA MARÍN
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-005-2020-00181-01
RADICADO INTERNO	: 367-22
DECISIÓN	: ACLARA, ADICIONA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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/148> 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 28 de febrero de 2023 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 28 de febrero de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO