

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: GUSTAVO ADOLFO SUAZA CASTRILLÓN
DEMANDADO	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2021-00271-01
RADICADO INTERNO	: 040-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA, REVOCA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 061

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 acto jurídico de traslado, realizado por el demandante en febrero de 2004 del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por el incumplimiento de PORVENIR S.A al deber de información suficiente.

Se CONDENE a PORVENIR S.A a realizar el traslado a Colpensiones de los aportes y rendimientos del a cuenta de ahorro individual, los gastos de administración y las pérdidas de capital que haya descontado de los aportes efectuados por el demandante al Régimen de Ahorro Individual, desde la fecha del traslado hasta que se declare judicialmente la nulidad del mismo por ineficacia, dado el incumplimiento al deber de información suficiente. Se condene a las entidades demandadas en costas procesales.

Como fundamento fáctico de las pretensiones indicó que, nació el 3 de junio de 1961; se afilió al ISS desde el 19 de julio de 1983 y cotizó 613.14 semanas. En febrero de 2004 se trasladó a la sociedad PORVENIR S.A , oportunidad en que no le brindaron asesoría veraz, clara y completa de las consecuencias del traslado; el 5 de abril de 2021 elevó derecho de petición a PORVENIR S.A, solicitando eventuales proyecciones pensionales realizadas, sin obtener respuesta y en marzo de 2021, elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, solicitando el traslado al Régimen de Prima Media, la cual fue negada por no ser procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

Colpensiones en su contestación acepta fecha de nacimiento; afiliación a Colpensiones; semanas cotizadas; reclamación administrativa elevada a Colpensiones y la respuesta emitida. No es un hecho la afirmación relativa a la diferencia del monto pensional. No le constan los hechos restantes. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación, innominada, imposibilidad de condena en costas (expediente digital 08).

En auto del 5 de septiembre de 2020 se dio por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A (expediente digital 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 2 de diciembre de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado del demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por falta de consentimiento informado, por lo que se declara ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, traslado que se hizo a la sociedad PORVENIR S.A; declaró que la afiliación al Régimen de Prima Media del demandante, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo que ha estado activamente vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el Régimen de Prima Media.

CONDENAR a PORVENIR S. A. que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoría de la providencia, traslade a Colpensiones, el 100% de los aportes efectuados por el demandante y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, los bonos pensionales que allí estén incorporados, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha de afiliación al Régimen de Ahorro Individual hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir los aportes que la sociedad PORVENIR S.A. reintegren como resultado de la ineficacia y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual por el actor, como semanas cotizadas realizadas en el Régimen de Ahorro Individual, las cuales deberán reflejarse en su historia laboral. Declaró probada la excepción de imposibilidad de condena en costas, formulada por Colpensiones; condenó en costas a la sociedad PORVENIR S.A.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Colpensiones apela la decisión de ineficacia del traslado adoptada en primera instancia, argumentando que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, sin que se pueda ver perjudicado dado que se realizó la afiliación a PORVENIR S.A mediante un acto libre y voluntario; las manifestaciones son infundadas al no haberse presentado vicios del consentimiento al firmar el formulario de afiliación; es adversa la decisión porque se trata de una persona que no aportó al Régimen de Prima Media y se traslada de régimen, lo cual hace que se descapitalice el Régimen de Prima Media y los dineros que se recibirán del Régimen de Ahorro Individual, son aportes deteriorados por el paso del tiempo y al momento en que el actor sea acreedor a la pensión resultarán insuficientes.

Solicita que se tenga en cuenta el interrogatorio de parte absuelto, porque se denota que el actor recibió suficiente información por PORVENIR S.A y contó con el ánimo de permanecer afiliado al fondo privado; la intención para solicitar el traslado es la inconformidad monetaria.

Solicita se confirme la decisión de trasladar los rubros en forma completa. Y frente a una eventual de condena en costas en segunda instancia, sostiene que Colpensiones actuó de buena fe, amparada en la ley vigente y no tuvo injerencia en el acto que generó la ineficacia del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones en sus alegatos, se opone en primer lugar a la obligación de Colpensiones de recibir a los afiliados que judicialmente deben trasladarse al Régimen de Prima Media sin consideración de las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan y a tener que asumir una defensa técnica pese a no haber hecho parte de la relación jurídica sustancial

En segundo lugar, frente a la voluntad de la parte actora de poder trasladarse de un régimen a otro, se trata de un derecho que ejerció al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, lo que se trata de un hecho ajeno a Colpensiones y con base en la restricción del art. 2º de la Ley 797 de 2003, advirtiendo, que dicha restricción que tiene razón de ser, porque Colpensiones no ha establecido un capital para el debido reconocimiento y pago de una pensión en el futuro.

En tercer lugar, frente a la inversión de la carga de la prueba, donde la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento, exigencia que no ha podido ser acreditada por los fondos porque solo cuenta con los formularios de afiliación; al ser la afiliación un contrato inter partes, la parte demandante tenía obligaciones, siendo el Decreto 2555 de 2010 el que establece las obligaciones que debe atender el afiliado.

Hace referencia al desconocimiento que se ha dado, frente a las etapas cómo los fondos del RAIS deben proporcionar al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna y que corresponden: Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; Tercera etapa: La Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; por lo tanto, si dicha información no fue

proporcionada por las AFP, omitiendo la información de forma parcial o total, serian ellas las implicadas en el reconocimiento de la prestación económica de la demandante a futuro y no Colpensiones. Los anteriores argumentos van ligados a la sostenibilidad financiera consagrada en el art. 48 de la CN.

En cuarto lugar, solicita no sea condenada Colpensiones en costas, por ser un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la parte actora y la demandada PROVENIR S.A.

En caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicita que PROVENIR S.A. devuelvan a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como son: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y como lo estableció en su momento las sentencias 68838 de 2019, que remite a las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019 y 3708 de 2021, de forma indexada.

Porvenir solicita se confirme la sentencia por los siguientes argumentos:

“Atendiendo a que el fallo emitido por el juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que genero la cuenta de ahorro individual de la parte actora y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido que, no es posible adicionar a la condena una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes que se busca reponer con la indexación, se resarciría con el traslado de los rendimientos, por lo que de hacerlo se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES.

Por otro lado, también es necesario poner de presente que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que

dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100”.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a revocar la declaración de la ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual; ii) Si hay lugar a absolver a Colpensiones de costas procesales en caso de ser impuestas en segunda instancia.

En el grado jurisdiccional de consulta se deberá analizar: i) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A de trasladar el bono pensional; ii) Si hay lugar a ADICIONAR la sentencia, ordenándole la sociedad PORVENIR S.A., a trasladar los gastos de administración constituidos “gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 3 de junio de 1961 (fl. 34 del expediente digital 05); cotizó al ISS desde el 19 de julio de 1983 a diciembre de 2003, según la historia laboral de

fls 26 a 31; solicitó traslado a PORVENIR S.A y realizó aportes desde el mes de febrero de 2004 (expediente digital 14).

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 no recuerda la edad cuando se trasladó PORVENIR S.A y para esa fecha era profesional, ingeniero electrónico; para el momento del traslado no sufría enfermedad que le impidiera tomar una decisión libre y espontánea; Colpensiones no tenía injerencia en el traslado que realizó a PORVENIR S.A, solo escuchaba que el Colpensiones iba a tener mucha gente e iban a tener problemas con las pensiones; el asesor no lo amenazó para firmar el traslado; no ha solicitado ante PORVENIR S.A reconocimiento de pensión; en la asesoría que recibió de PORVENIR S.A no recuerda que dijeran que el ISS se iba a acabar; no sabía que al firmar el formulario de traslado se estaba trasladando de régimen pensional y las condiciones iban a cambiar, él pensaba que se cambian pero las cosas seguían lo mismo, sabía que había la posibilidad de pensionarse más pronto; no recuerda que le hayan dicho lo que iba a pasar con los dineros cotizados a Colpensiones; en la actualidad cotiza a PORVENIR S.A; el motivo para retornar a Colpensiones porque va a recibir una mesada mínima y por un tiempo limitado.

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 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. Al darse por no contestada la demanda por parte de la sociedad PORVENIR S.A, no se puede concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **le dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de ineficacia del traslado del demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por falta de consentimiento informado.

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*

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).”

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

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

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

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

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

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

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100

de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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.”

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que se deberá:

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración 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 y con cargo a sus propios recursos.
- 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.

2. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, ellos es, para el **3 de junio de 2023** al haber nacido el 3 de junio de 1961, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

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

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de Colpensiones, por no prosperar el recurso de apelación presentado, teniendo como sustento, el artículo 365 del CGP, que establece “1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia, **ORDENARLE** a la sociedad PORVENIR S.A, trasladar a Colpensiones los gastos de administración 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 y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a PORVENIR S.A que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

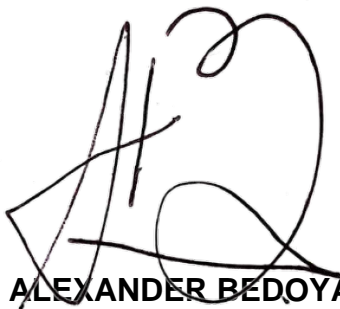
TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás 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.

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

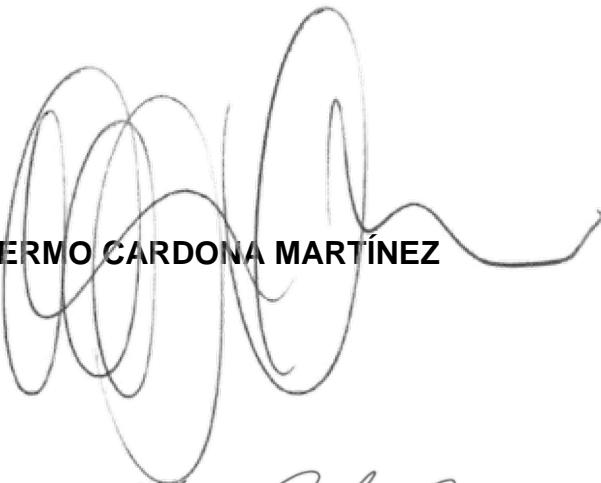
QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de Colpensiones, por no prosperar el recurso de apelación presentado

SEXTO: 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



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	: GUSTAVO ADOLFO SUAZA CASTRILLÓN
DEMANDADO	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2021-00271-01
RADICADO INTERNO	: 040-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA, REVOCA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

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


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO