

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: DIANA CECILIA ARANGO VELÁSQUEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-008-2021-00296-01
RADICADO INTERNO	: 060-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 091

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 o subsidiariamente la nulidad del traslado de régimen pensional a COLFONDOS S.A., posteriormente a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y finalmente a PORVENIR S.A.

Solicita se ORDENE el regreso automático de la demandante al Régimen de Prima Media. Se le ORDENE a las administradoras del Régimen de Ahorro Individual demandadas y especialmente a la accionada PORVENIR S.A.,

como la última entidad depositaria de los aportes de la actora, la devolución de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus respectivos frutos e intereses, en la forma determinada por el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Se le ORDENE a Colpensiones a aceptar el regreso automático de la demandante al Régimen de Prima Media. Se condene a las demandadas en costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 21 de abril de 1967 y ha laborado 21 años; estuvo afiliada al Régimen de Prima Media y por la indebida asesoría, se trasladó a la sociedad COLFONDOS S.A., posteriormente a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., y finalmente a PORVENIR S.A.; el traslado de régimen pensional se generó porque una persona vinculada a COLFONDOS S.A. se acercó a su lugar de trabajo, hablándole los beneficios del Régimen de Ahorro Individual y se omitió brindar y brinda información. Señala que en el año 2012 PROTECCIÓN S.A. absorbió por fusión a la sociedad ING, la cual previamente se había fusionado con SANTANDER.

La demandante solicitó a las demandadas información sobre el procedimiento realizado, la proyección de las consideraciones y probabilidades pensionales y solicitó el retorno al Régimen de Prima Media, solicitudes que se han resuelto en forma parcial y se limitan a afirmar que se realizó una asesoría verbal al momento de la afiliación y de la cual no existe soporte y negando la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media por encontrarse a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima pensional.

Que es notorio el detrimento que implicaría permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, porque en caso de pensionarse a los 57 años en dicha entidad, la mesada pensional sería equivalente a un salario mínimo y en Colpensiones oscilaría en \$2.299.377.

RESPUESTA A LA DEMANDA

La sociedad PORVENIR S.A. en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones. En relación a los hechos, indicó que no le consta la fecha de nacimiento y el tiempo laborado; las condiciones en que se dio el traslado de régimen pensional; que PROTECCIÓN S.A. haya absorbido a ING, quien previamente se había fusionado con SANTANDER. Y dice que no son ciertos los demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica (expediente digital 09).

En la contestación de Colpensiones, aceptó la edad de la demandante; la afiliación al ISS y para el 26 de octubre de 2011 estuvo afiliada allí; que PROTECCIÓN S.A. haya absorbido a ING, quien previamente se había fusionado con SANTANDER. Las afirmaciones relacionadas a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, no son hechos. No le constan los demás hechos. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de carga dinámica de la prueba – particularidad del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, devolución de cuotas de administración, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, prescripción, innominada, compensación (expediente digital 11).

La sociedad Protección S.A. aceptó que PROTECCIÓN S.A. haya absorbido a ING, quien previamente se había fusionado con SANTANDER. La afirmación relativa a la prescripción no es un hecho sino una norma jurídica. No le consta la fecha de nacimiento y los años que ha laborado; las condiciones en que se realizó el traslado a COLFONDOS S.A.; la falta de información; las solicitudes elevadas a las demandadas. No son ciertos los demás hechos de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (expediente digital 14).

La sociedad Colfondos S.A. manifiesta que no es cierto, las condiciones en que se dio el traslado de régimen pensional, porque este obedeció a que se le brindó una asesoría de manera integral y completa, sobre el régimen general de pensiones; la información brindada; y las solicitudes elevadas a las accionadas. No le constan los demás hechos de la demanda.

Presentó oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas que involucren a COLFONDOS S.A.. Y como excepciones, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (expediente digital 20).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 20 de febrero de 2023, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del acto jurídico del traslado que la demandante, hizo del ISS hoy Colpensiones a COLFONDOS S.A.

ORDENÓ a la PORVENIR S.A. que, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media administrado en la actualidad por Colpensiones, devuelva a este fondo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidas las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, lo que hará dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia.

Le ORDENÓ a Colpensiones, que permita el traslado de la actora del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, conservando los beneficios

que lo cobijaban al momento de su traslado de régimen. CONDENÓ en costas a las codemandadas AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS.

El presente asunto se conoce en el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir S.A. considera que no le asiste razón al A Quo, porque la accionada siempre garantizó a los potenciales afiliados y vinculados, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular 019 de 1998 y en el concepto No. 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015 y en ese sentido, PORVENIR S.A. cuentan con los formularios de afiliación y solicitar prueba distintas resulta una violación al debido proceso.

Frente al deber de los fondos privados de acreditar el deber de información, dentro de la libertad probatoria se debe analizar el interrogatorio de parte y la permanencia de la parte demandante al fondo de pensiones como indicio de conocer el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y de permanecer en él y más cuando nunca estuvo en imposibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, no se trasladó y realizó aportes en su cuenta de ahorro individual, indicios que llevan a considerar la aplicación del art. 9º del CC donde la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Es por medio del formulario de afiliación, los indicios y la presunción legal, que se acredita el cumplimiento de deber de información.

En caso de confirmarse la ineficacia del traslado, considera que se debe ordenar el traslado de los recursos a Colpensiones en los términos del literal b) del art. 113 de la Ley 100 de 1993, que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma; y en caso de acoger la teoría de las restituciones mutuas consagradas en el art. 1746 del Código Civil, la regla, es que se dé a las partes el derecho a ser restituidas las cosas en el mismo estado en que se hallaban conforme

sentencia SC 3201 de 2018; además de lo anterior, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al no haber administrado los aportes pensionales del demandante; los gastos de administración y primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales ni financian la prestación de vejez, están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Por lo anterior, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, solicito aplicar el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace referencia a los efectos de tal declaración, y en consecuencia, PORVENIR S.A. deberá trasladar a Colpensiones los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES).

En el evento que la orden sea reintegrar la totalidad de los rendimientos, solicita se autorice a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto, las restituciones mutuas a que haya lugar, dado que la AFP realizó una gestión a favor del afiliado representados en: i) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir; ii.) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos y al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el Régimen de Prima Media (monto de los aportes + rentabilidad RISS), en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas. Y al condenarse al traslado de dichos conceptos, se debe aplicar la figura de las restituciones mutuas, sin que se condene a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración y de seguros. Y no ordenar las restituciones mutuas, ni compensar estas sumas sobre los rendimientos financieros generados, también generarían un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Finalmente, considera que existe una doble sanción, al ordenar a su representada a reintegrar valores distintos a los expuestos y que ellas sean

indexadas, cuando rendimientos financieros obtenidos superan la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **del grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar; i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a adicionar la sentencia ordenándole a las accionadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, que se encuentran conformados por “... *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.*”, debidamente indexados y a cargo de sus propios recursos, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de los fondos.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 21 de abril de 1967 (fl 3 del expediente digital 02); cotizó al ISS hoy Colpensiones, desde el 19 de febrero de 1991 al 5 de julio de 1994 (fl. 200); solicitó traslado a Colfondos S.A. el 5 de julio de 1994 (fl. 192), solicitó traslado a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 1º de octubre de 2000 (fl 188) y finalmente solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 2001 (fl. 144).

Descendiendo al caso particular, las accionadas desistieron del INTERROGATORIO DE PARTE de la accionante, en virtud de condiciones clínicas de la demandante (a raíz de derrame cerebro vascular presenta afasia del lenguaje expresivo y afasia de boca se sustenta con historia clínica del expediente digital 22).

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 COLFONDOS S.A. (entidad que realizó el traslado de régimen pensional), 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 a dicho fondo de pensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se 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 Colfondos S.A. registro de vinculaciones migradas, formulario de afiliación (expediente digital 20), 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.**

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

régimen pensional realizado a COLFONDOS S.A. y la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidas las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima.

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*

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 a 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).”

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 en el siguiente tenor:

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

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a las sociedades PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA 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, en el tiempo que realizó aportes en cada uno de los fondos.

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.**

Frente a los demás aspectos alegados por la AFP Porvenir S.A, no se hará un pronunciamiento, teniendo en cuenta que el principio consonancia establecido en el art. 66A del CPT y SS establece “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación**” (resalto fuera del texto).

Sin costas en esta instancia por ser conocido este asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

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, **ORDENARLES** a las sociedades COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., 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, en el tiempo que realizó aportes en cada uno de los fondos.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: 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 CASTANO 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	: DIANA CECILIA ARANGO VELÁSQUEZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-008-2021-00296-01
RADICADO INTERNO	: 060-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA 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 24 de abril de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 24 de abril de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO