

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: MARIA FABIOLA AGUDELO DURAN
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-016-2021-00047-00
RADICADO INTERNO	: 250-23
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 299

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 y el grado de consulta a favor de Colpensiones, 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 como pretensiones principales se DECLARE la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada al fondo de pensiones Porvenir S.A; así mismo se DECLARE como consecuencia que las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiéndose que la actora siempre ha permanecido afiliada en el Régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; se ORDENE como consecuencia, a Porvenir S.A, la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de cotizaciones obligatorias y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que tales sumas de dinero estuvieron en poder de Porvenir S.A; a su vez se ORDENE a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes y rendimientos devueltos por Porvenir S.A,

actualizar y corregir la historia laboral; y se CONDENE a la Porvenir S.A. al pago de la indemnización por perjuicios ocasionada a la actora y se condene en costas a los demandados.

Como pretensiones subsidiarias solicita, las mismas pretensiones anteriores, pero bajo la figura de la ineficacia del traslado.

Como supuestos facticos manifestó, que la señora María Fabiola Agudelo Duran nació el 17 de enero de 1966, comenzó a cotizar en pensiones al Instituto de Seguros Sociales ahora Colpensiones; la demandante ha laborado en la Corporación Autónoma Regional de Antioquia Corantioquia desde 1995 hasta la fecha de la presentación de la demanda; efectuó traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el veintidós (22) de marzo de 2001, siendo su primer aporte, para el mes de agosto del mismo año; un asesor comercial de la AFP Porvenir S.A. abordó a la demandante y sin brindarle explicación de su situación pensional, sin hacerle énfasis ni claridad sobre el régimen de transición, además de no darle a conocer las desventajas de un traslado de régimen pensional, ni analizar de manera puntual su caso, le realizó la afiliación a dicho fondo; que no le indicaron que en el fondo Privado podría pensionarse en mejores condiciones de tiempo y mesada, ni las ventajas, ni tampoco las desventajas, mismas que si le hubiesen sido informadas, nunca hubiera aceptado el traslado de régimen; el asesor del Fondo Privado en ningún momento le proyectó el valor de una eventual mesada pensional ni en el fondo que él representaba ni en el de prima media con prestación definida; Porvenir S.A. ni sus asesores en ningún momento advirtieron que la pensión podría ser inferior a la recibida en el Régimen administrado por Colpensiones; tampoco advirtieron que la mesada pensional y los cálculos para obtener la misma, estaban condicionados al vaivén del mercado e incluso de medidas gubernamentales como la tabla de supervivencia; tampoco le fue explicado que el valor de la pensión depende de la modalidad que escoja. Más aún, ni siquiera le explicaron las diferentes modalidades de la pensión.

Que, por lo anterior, la omisión en la información y el engaño producido, hicieron que la demandante se trasladara al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A, decisión que no fue espontanea, voluntaria ni libre pues al ocultársele la información definitiva, la actora tomó la decisión bajo engaño, cautivada por las supuestas bondades del sistema que le ofreció el asesor de la AFP Porvenir S.A.

La actora en la actualidad se encuentra afiliada al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. quien mediante una proyección de su pensión, le estableció una mesada pensional en valor de \$877.806, pensión mínima o devolución de saldos; el 06 de diciembre de 2013 Colpensiones, dio respuesta a la reclamación administrativa impetrada por la actora, donde solicitaba el regreso al régimen de prima media administrada por esa entidad, indicando que no es procedente dicho traslado por cuanto se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse; y además precisa que los gastos en que tuvo que incurrir para cubrir los honorarios del apoderado que hoy la representa deben ser cubiertos por la demandada a título de perjuicios

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que no le consta que la señora María Fabiola Agudelo Duran, comenzó a cotizar en pensiones al Instituto de Seguros Sociales ahora Colpensiones; ni que la demandante ha laborado en la Corporación Autónoma Regional De Antioquia Corantioquia desde 1995 hasta la actualidad; tampoco le consta que el primer aporte fue para el día 01 de junio de 1995 en el Instituto de Seguros Sociales ahora Colpensiones. No aceptó los demás hechos de la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, excepción genérica.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta manifestó que es cierto que, la señora MARIA FABIOLA AGUDELO DURAN comenzó a cotizar en pensiones al Instituto de Seguros Sociales ahora Colpensiones; que la demandante efectuó traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el veintidós (22) de marzo de 2001, siendo su primer aporte, para el mes de agosto del mismo año; y que en la actualidad se encuentra afiliada al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. Frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado a la AFP Porvenir S.A., imposibilidad de la responsabilidad de la AFP Porvenir ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, desconocimiento del

principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas, buena fe de Colpensiones, prescripción, excepción innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas, la genérica.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 09 de agosto de 2023, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz la afiliación de María Fabiola Agudelo Durán, realizada a Porvenir S.A. el 22 de marzo de 2001, y, en consecuencia, DECLARÓ que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media. Así mismo ordenó a porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos desde la fecha de traslado al RAIS.

Indicó que, al momento de cumplirse esta orden, 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, conforme se señaló en la parte considerativa. Y precisó que esta erogación debe realizarse con cargo a los propios recursos de la demandada Porvenir S.A. Y se concedió un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia para cumplir dicha orden.

ORDENÓ a Colpensiones, reactivar la afiliación de la demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados Porvenir S.A. Y autorizó a COLPENSIONES, realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo. Cálculo que consiste en aplicar la corrección monetaria a las cotizaciones que se causaron desde el momento en que se trasladó hasta que se pague efectivamente, en cumplimiento de las sentencias C-789/02 y SU-62/10 entre otras.

CONDENÓ en costas a Porvenir S.A.; y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.300.000.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión la **apoderada de Porvenir** interpone recurso de apelación para que se revoque el fallo proferido, expone que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción, por los argumentos que ha manifestado el Tribunal en diferentes salas, indica que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y en este caso considera que no le asiste razón al a quo, al declarar la ineficacia del traslado con base en la falta al deber de información, pues indica que dentro del proceso se logró demostrar en el interrogatorio que no fue un comportamiento o una responsabilidad a Porvenir, tal como lo indicó la demandante dentro del proceso, fueron comportamientos del empleador, quien la indujo a realizar dicha afiliación con Porvenir, por medios virtuales.

Menciona como sustento a su favor los argumentos del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de la señora Patricia Montoya, el magistrado Hugo Alexander Ríos, en el proceso, 382020265, relacionados con el comportamiento y las consecuencias para el empleador en estos casos, siendo contradictorio además lo afirmado en la demanda cuando dice que recibió asesoría de Porvenir si ella nunca existió según lo manifestado en el interrogatorio.

Por otro lado resalta que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues indica que según el artículo 20 de la ley 100 de 1993 también el régimen de prima media, se destina a un 3% de las cotizaciones, a gastos de administración, pensión de invalidez, y sobrevivencia; dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello incluso están sujetos a la prescripción, además es necesario resaltar que la superintendencia financiera en Colombia indicó de forma expresa en el año 2020, que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de afiliados, sin que proceda la devolución de la prima de seguros provisionales en consideración a que la aseguradora ha cumplido con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración, razones por las cuales indica que se debe aplicar la prescripción a dichos conceptos de gastos de administración, prima de seguros, o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual de la afiliada o sus respectivos rendimientos financieros, por cuanto no le

corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que goza el derecho pensional.

Frente a la improcedencia de la indexación, en estos casos cita como sustento a su favor lo que ha indicado el Tribunal superior del distrito Judicial de Cali, en los procesos judiciales, 2020083 y 2021489.

Aunado a lo anterior resalta que los rendimientos financieros generados en la cuenta individual de la demandante han duplicado en gran medida los rendimientos financieros que se generan anualmente, de manera que considera que los presupuestos sobre los cuales se condenó a Porvenir no se encuentran acreditados por lo que solicita se revoque la condena.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones luego de una extensa argumentación indicó en síntesis que era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

Que en el caso particular las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC, puesto que, considera que en dicha disposición no se consagra una presunción de culpa, sino que se hace necesario la demostración de que el deudor ha incumplido, para que ya, con un propósito liberatorio, el demandado intente acreditar la diligencia y cuidado, el caso fortuito o la fuerza mayor. Es decir, primero el demandante debe probar que hubo un incumplimiento del deber legal por parte de la AFP, para que la carga de la prueba se desplace hacia la orilla del demandado, aspecto que, no ocurrió, por lo que corresponde al juzgador acudir a las reglas que regulan la carga estática de la prueba.

Que la Corte petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, lo que prácticamente hace que por vía jurisprudencial se determine en forma previa el peso probatorio del documento, puesto que lo convierte en una prueba legal,

tasada o tarifada. Siendo ello así, el órgano de cierre asume una competencia que no le es propia, toda vez que la determinación del valor anticipado de una prueba le corresponde al legislador, en modo alguno al juzgador, por lo que solicita que en aras de garantizar el balance probatorio y con ello el debido proceso, acuda estrictamente a las reglas de la carga de la prueba para definir el caso concreto.

Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, indica que no es posible el traslado de la parte actora por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

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

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

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

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 17 de enero de 1966 (fls. 1, del PDF 004); se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de junio de 1995 (fls. 8 PDF 004); y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A, de forma efectiva a partir del 01 de mayo de 2001, (fls. 01 del PDF 25).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se afilió al ISS, hoy Colpensiones en el año 1995; entró a laborar en junio de 1995, en la sede del municipio de Hispania a través de

convenios y contratación de 1995 al 2000 y a partir de 2001 ya entro vinculada a la corporación con Porvenir y de ahí en adelante ya era una actividad estable, pues ya estaba en carrera administrativa, por concurso, por lo que toda su vida laboral desde 1995 ha sido en esa única. Que para su vinculación a Porvenir la empresa le mando vía correo electrónico o fax, los documentos, pero en ningún momento recibió asesoría, acompañamiento por parte de Porvenir, todo fue a través de correo o fax, le mandaba los documentos, ella firmaba y los devolvía, aclara que leyó y firmó el formulario de afiliación, pero que es diferente a tener claridad y entender lo que está firmando; al momento de la afiliación en el año 2001, no tenía claro los requisitos para pensionarse con el ISS, manifiesta que ella desconoce de lleno la diferencia regímenes pensionales de Porvenir y Colpensiones.

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, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, 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, 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. La sociedad PORVENIR S.A formulario de afiliación o traslado (fl. 31 del expediente digital 004) 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 la declaración de ineficacia la afiliación a Porvenir S.A; y la orden dada a Porvenir S.A de trasladar a Colpensiones el saldo obrante de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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:

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 adocinado 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).”

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 Porvenir S.A 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.”

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín por parte de PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a **Colpensiones** debidamente indexados.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, en la suma de \$1.160.000, 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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín por parte de PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, en la suma \$ \$1.160.000, por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-016-2021-00047-00
Radicado Interno 250-23



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	: MARIA FABIOLA AGUDELO DURAN
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-016-2021-00047-00
RADICADO INTERNO	: 238-23
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 25 de octubre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 25 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO