

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: FERNANDO ABSALON MARMOLEJO MILLAN
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-021-2021-00204-01
RADICADO INTERNO	: 253-23
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 279

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 se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado realizado a Porvenir S.A por existir vicio en el consentimiento en razón de la omisión del deber de información y el no cumplimiento de las obligaciones de los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994, y se DECLARE válida y vigente la afiliación al régimen de prima media y que Porvenir está obligada a devolver los aportes realizados a Colpensiones sin cobros por administración, y se CONDENE a Porvenir S.A a trasladar la Colpensiones todos y cada uno los aportes que el afiliado efectuó al régimen de ahorro individual incluidos los rendimientos sin ningún tipo de descuento, y se CONDENE a Colpensiones a recibir todos y cada uno de los aportes que se efectuó en el régimen de ahorro

individual y todas las sumas que sean trasladadas, y se CONDENE a las demandadas a las costas del proceso

Como supuestos facticos manifestó que nació el 20 de octubre de 1953 por lo que a la presentación de la demanda cuenta con 67 años de edad, inició sus cotizaciones en el régimen de prima media en enero de 1994, y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A en el año 1996, y que al momento de dicho traslado no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para pensionarse, y que no le brindaron una correcta asesoría acerca de los beneficios y efectos de cada régimen y en síntesis no le informaron sobre las consecuencias adversas del traslado; el 12 de noviembre del 2020 elevó derecho de petición a Porvenir solicitando el traslado de régimen y prueba de las asesorías y re asesorías brindadas y dicha entidad respondió la solicitud indicando que el traslado a Colpensiones no era viable porque ya se encontraba a menos de 10 años para pensionarse, que el 12 de noviembre del 2020 realizó reclamación administrativa a Colpensiones para el traslado de régimen la cual también fue negada; y por último precisa que la pensión en el régimen de prima media sería mayor que la del régimen de ahorro individual

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que no acepta ninguno de los hechos expuestos en la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta que el actor nació el 20 de octubre de 1953, que inició sus cotizaciones en el Régimen de prima media en enero de 1994, el traslado realizado al RAIS, y la petición presentada ante dicha entidad, frente a los demás hechos manifestó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, imposibilidad de

retornar al statu quo ante por múltiples afectaciones al sistema general de pensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, petición antes de tiempo, inexistencia de vicio en el consentimiento, improcedencia de intereses moratorios, inexistencia del derecho de afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, falta de causa para demandar, falta de interés en su vida pensional, buena fe de Colpensiones, mala fe, temeridad, devolución de cuotas de administración- seguros previsionales- comisiones. indexados, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 10 de agosto de 2023, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante FERNANDO ABSALON MARMOLEJO MILLAN del RPMPD al RAIS y DECLARÓ la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y a esta a recibir los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CONDENÓ a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, previa indexación, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor del demandante.

CONDENÓ en costas a PORVENIR y en favor del demandante y fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de Porvenir S.A interpone recurso de apelación manifestando que se aparta de la declaratoria de la ineficacia del traslado régimen pensional toda vez que como lo indicó el demandante y como quedó demostrado dentro del proceso, en ningún

momento se coaccionó la voluntad a efectos de trasladarse de régimen pensional y se adelantó en su momento las acciones oportunas ante el Ministerio del trabajo, por lo que no hay lugar a que se aplique de forma extensiva las sanciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, sumado a que como lo indicó el actor, el traslado se dio en compañía de un asesor comercial del fondo privado el cual le mencionó características propias de dicho régimen como la generación de rendimientos además de la devolución de saldos.

Que además debe tenerse en cuenta que el actor suscribió un formulario que contaba para entonces con los requisitos exigidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, y que también se debe tener en cuenta lo dicho en el interrogatorio de parte donde se afirmó que tres meses después de haberse trasladado a razón de una charla que tuvo con los compañeros de oficina se dio cuenta que no le resultaba conveniente permanecer vinculado a dicho régimen, incluso afirmando que realizó las acciones pertinentes a efectos de trasladarse nuevamente régimen pensional hacia el seguro social, y que por lo tanto, en ese sentido debe entenderse que el demandante conocía desde el año 1996 las implicaciones negativas de su traslado de régimen pensional y no adelantó acciones pues de ello solamente obra la afirmación de que desconocía las ventajas de permanecer en dicho régimen en ese entonces por lo que no es de recibo que ahora pretenda retornar al régimen de prima media.

Que por lo anterior, al estar en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 100 de 1993 no es procedente declarar la ineficacia y resalta que lo que motiva la solicitud de traslado es el querer retornar al régimen de prima media por el monto de su mesada pensional, y que si bien es cierto que dicha percepción económica es a la que aspira todo ciudadano debe tenerse en cuenta que el acto jurídico de traslado de régimen pensional tiene como naturaleza la forma en como el afiliado quiere que sus recursos sean administrados, y no en cuánto sería el monto de la mesada pensional pues para la fecha en que el actor se trasladó de régimen no era posible para la demandada suministrarle una proyección de cuál iba a ser dicho monto, sumado a que para entonces no se contaban con las variables que hoy en día se tienen.

Que también debe atenderse al principio de diligencia y cuidado de sus propios negocios el cual en el presente proceso brilla por su ausencia porque como lo indicó el demandante en el interrogatorio, este no realizó preguntas a efectos de trasladarse de régimen y también indica que conocía las implicaciones de su traslado y no adelantó acciones concernientes a trasladarse, por lo que no puede beneficiarse de su propia culpa.

En caso de que se mantenga en firme la declaratoria la ineficacia solicita sea revocada la condena del numeral tercero pues indica que no hay lugar a que se traslade los gastos de administración y primas de seguros previsionales en atención a que estos rubros fueron dispuestos como lo establece el artículo 20 de la ley de 1993, y que las cuotas de administración se utilizaron para generar rendimientos y las primas de seguro se utilizaron y se pagaron de buena fe a una aseguradora para que cubriera los riesgos de invalidez y muerte que se llegaran a presentar haciendo la anotación que ambos descuentos también son realizados en el régimen de prima media por lo que indica que si el actor hubiese permanecido en dicho régimen también se hubieran realizado estos descuentos y no se hubiese afectado el reconocimiento de la prestación económica.

De otro lado solicita sea revocada la indexación de dicha sumas pues indica en síntesis que el detrimento patrimonial se compensa con el traslado de los rendimientos, y que debe tenerse en cuenta que con la declaratoria la ineficacia las cosas vuelven al estado anterior, y por lo tanto, debe aplicarse el principio de restituciones mutuas, es decir, que debe tenerse en cuenta que la demandada ha administrado los recursos generando altos rendimientos en su cuenta de ahorro individual por lo que dichos rendimientos no se hubieran obtenido si se declara la ineficacia, y de ser así, condenar tanto al traslado de una sumas indexadas como el traslado de los rendimientos sería imponer una condena doble a la demandada siendo un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, y que con ello además se violaría el principio de congruencia y seguridad jurídica. Por último, solicita sea revocada la condena en costas al considerar no se procedente la declaratoria de la ineficacia y que dicha entidad ha obrado buena fe cumpliendo con las disposiciones normativas que le asistían para la fecha en que se realizó el traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

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

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

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de

Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

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

Que además toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y que por lo tanto se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Así mismo indica que no debe ser condena en costas por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe.

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, además si Porvenir S.A debe ser o no condenado en costas.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 20 de octubre de 1953, (fls 31 del PDF 03) se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 16 de enero de 1993, (fls 01 PDF 08), y se trasladó a la AFP Horizontes hoy Porvenir S.A de forma efectiva a partir del 01 de septiembre de 1996, (fls 67 PDF 09).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se afilió a Horizontes en 1996 cuando llevaba tres años trabajando y cotizando al seguro social y que en ese tiempo hubo una reforma pensional y que les presentaron a Horizontes para pensión porque el seguro social se iba a reformar, que realizó el cambio porque servicios administrativos de la alcaldía donde trabajaba se los presentó porque el seguro social se iba a acabar, que el motivo por el cual se trasladó según lo que le dijo el asesor fue porque le hablaron de la capitalización y del retiro cuando quisieran hacerlo, y que por lo tanto le dijeron que eran más rentable estar en dicho fondo. Que no le dijeron que requisitos debía cumplir para pensionarse, ni le hablaron de los aportes voluntarios, y le dijeron que podía solicitar la devolución del dinero cuando quisiera, que como no tiene conocimiento en pensiones quedo confiado en que el fondo fue llevado y avalado por servicios administrativos de donde laboraba para la época del traslado.

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 de información que existe desde 1994, esto es permitir 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;....”.

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov.

2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Horizontes hoy 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 a dicha entidad **en el año 1996**, sin que le haya 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, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

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

2. De los efectos de la ineficacia

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

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

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

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que

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

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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)*”

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 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 Média. 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 Fogafin por parte de PORVENIR S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a **Colpensiones** debidamente indexados.

Ahora, de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022, SL-756-2022 y 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 dinero que se ordenan trasladar, **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.**

Respecto al reproche de no condena en costas a Porvenir S.A indica la Sala que dicha petición no tiene vocación de prosperidad toda vez que según el artículo 365 del C.G.P se debe condenar en costas a quien es vencido en juicio como ocurre en esta oportunidad además por no haberle prosperado el recurso de apelación interpuesto.

En esta instancia se condena en costas a Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de apelación.

Por lo mencionado lo legal y pertinente será, ADICIONAR Y CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín.

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 Veintiuno 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 Fogafin 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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que se ordenan trasladar, **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.** En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A en la suma de \$1.160.000

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 05-001-31-05-021-2021-00204-01
Radicado Interno 253-23



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	: FERNANDO ABSALON MARMOLEJO MILLAN
DEMANDADO	: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-021-2021-00204-01
RADICADO INTERNO	: 253-23
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 03 de octubre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 03 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO