

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE : DIANA PATRICIA CASTAÑO LÓPEZ
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-009-2022-0239-01
RADICADO INTERNO : 263-23
DECISIÓN : ADICIONA, REVOCA PARCIALMENTE, ORDENA Y
CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 278

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 en el grado jurisdiccional de consulta, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A.; se declare que siempre ha estado válidamente afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad.

Se CONDENE a las accionadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a devolver al Régimen de Prima Media todos los valores que hubiera recibido

por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como, rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos.

Se CONDENE a Colpensiones, a validar los aportes en pensiones, trasladados por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A, y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado. Condenar en costas procesales a las entidades demandadas.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que el actor fue trasladado del Régimen de Prima Media a COLFONDOS S.A el 5 de diciembre de 2000; el demandante suscribió contrato de traslado al Régimen de Ahorro Individual, pese lo anterior se omitió la obligación del buen consejo por parte del Régimen de Prima Media, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado; se trasladó a PORVENIR S.A el 1º de octubre de 2012; el demandante le solicitó a las accionadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A información de su pensión y aceptación de su traslado, el 23 y 27 de mayo de 2022 respectivamente; Colpensiones negó solicitud de traslado el 25 de mayo de 2022.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda aceptó la solicitud elevada a Colpensiones de traslado de régimen pensional, el cual fue negado. No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentación fáctica y jurídica y legal. Propuso las excepciones de improcedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen, realizado por la demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, genérica (expediente digital 07).

COLFONDOS S.A en la contestación de la demanda aceptó la solicitud elevada a COLFONDOS S.A. No le consta la solicitud elevada a PORVENIR S.A.; ni la solicitud elevada a Colpensiones. No son ciertos los otros hechos de la demanda. Prestó oposición a la prosperidad de las pretensiones

declarativas y de condena. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica (expediente digital 10)

La sociedad PORVENIR S.A. manifestó que no le consta la solicitud eleva a COLFONDOS S.A ni a Colpensiones. No son ciertos los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones previas invocó las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de los perjuicios reclamados, buena fe, compensación (expediente digital 11).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 14 de agosto de 2023, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el cambio o el traslado del sistema pensional de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual que realizó la demandante, en consecuencia, declaró que siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media que es administrado actualmente por Colpensiones.

CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante la demandante junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, 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 justifique.

CONDENÓ a Colpensiones a recibir de la AFP COLFONDOS S.A y AFP PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la demandante en el Régimen de Prima Media imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que

fueron efectivamente cancelados. Condenó en costas a la AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS S.A., a favor de la demandante. No impuso costas a cargo de Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A considera que en este evento no existían razones jurídicas ni fácticas para declarar la ineficacia de la afiliación, por lo que solicita sea revocada esa decisión, aduciendo que al momento del traslado su representada cumplió con la obligación que era exigible ese momento; frente a los documentos que indica la A Quo no se aportaron, asegura que para el momento del traslado, no existía norma que obligara a la entidad guardar un soporte documental y solo se exigía información verbal y la suscripción del formulario de afiliación y en este proceso se aportaron los formulario de afiliación de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. con los que se demuestra la voluntad y la misma también se demuestra con los diferentes traslados realizados por la demandante dentro del Régimen de Ahorro Individual; hace referencia a las campañas realizadas por el fondo de pensiones para informar los cambios normativos, a la demandante se le brindó información suficiente y se le ofreció los canales de comunicación, de los cuales no se evidencia que haya hecho uso; se aparta de la decisión declarar la ineficacia, porque se desconocen actos jurídicos que fueron ejecutados por los demandantes en forma libre y voluntaria.

Confirme a lo anterior, también solicita se revoque la orden de trasladar a Colpensiones los dineros recibidos por la afiliación de la demandante, especialmente lo relativo a los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima en forma indexada, toda vez que, los gastos de administración fueron utilizados para invertir los dineros y para generar rendimientos, por su parte, los seguros previsionales, se tratan de sumas que cubrieron las contingencias de invalidez, vejez y muerte de la afiliada y se destinaron a una aseguradora; que la disposición de dichas sumas se hizo conforme a mandato legal, sin que se deba ordenar dichos traslados, ya no están en el patrimonio de PORVENIR S.A y se trata de un servicio prestado.

Solicita sea revocada la indexación, porque si se trata de resarcir el detrimento del dinero en el tiempo, ello se compensó con los rendimientos financieros generados; y esa orden sería una doble condena y enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Finalmente solicita sea revocada en costas PORVENIR S.A, al haberse brindado una información suficiente y necesaria al momento dl traslado y en el tiempo en que estuvo afiliada, obrando de buena fe.

La apoderada de COLFONDOS S.A apela parcialmente la sentencia, en lo relativo a la devolución de los conceptos indexados, teniendo en cuenta que la deducción de los dineros se realizó con fundamento en disposiciones legales vigentes, son comisiones pagadas en el tiempo que la accionada administró los recursos y generó rendimientos que fueron superiores a los que se generan en el Régimen de Prima Media, y los gastos de administración son conceptos de tracto sucesivo, que se generan por periodo determinado en la ley, que prescriben en caso de no haberse reclamado en los 3 años siguientes al causación; asegura que no hay razón jurídica para trasladar la cuota de administración; que si el acto se declara ineficaz la afiliación supera los 20 años y mientras permanecieron válidas las afiliaciones, no se produjo unos efectos jurídicos válidos sino hasta la sentencia; las administradoras cumplieron con la obligación de administrar la cuenta de ahorro individual y se produjo rendimientos y con base en ello se deben aplicar principios constitucionales de equidad y justicia, en tanto que al ser trasladados los rendimientos no hay lugar a trasladar las cuotas de administración pro ser por medio de ello que se generó los rendimientos.

En relación a la prima de seguros previsionales, se opone a su traslado pro haber sido sufragados y las compañías de asegurador cumplieron con su deber contractual de mantener la cobertura sin que se pueda condenar a su traslado y en caso de ser así se debió integrara a las aseguradoras.

Se opone a la orden de que dichos dineros se trasladen indexados, porque el dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante tiene incluidos los rendimientos que se ajustan a la indexación pretendida, y en ese sentido Colpensiones tendía un enriquecimiento sin justa causa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita que en caso de ser confirmada la sentencia, sea adicionada, en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes a la tasa máxima del Acuerdo PSAA16-10554 y conforme el art 366 del CGP

La apoderada de Porvenir S.A se aparta de los argumentos dados en primera instancia y que justifican la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen, cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993 al realizar la entrega de la información necesaria y obligatoria en el formulario de afiliación, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. La parte demandante contó con varias oportunidades para realizar el traslado lo que deja ver el interés de permanecer en el RAIS. La parte demandante manifestó que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional, por lo tanto, la ineficacia del traslado no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el incumplimiento de las expectativas en el monto pensional, motivación que no es reconocida por la Corte Suprema de Justicia porque no puede predicarse un engaño. Así mismo señala que la sociedad accionada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y comunicados de prensa informando cambios normativos; que los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante el cual surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; que la obligación del buen consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y ello fue objeto de pronunciamiento en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019; el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, al haber manifestado en el interrogatorio de parte, que no realizó comparaciones con otros Fondos Pensionales, no hizo preguntas o

indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hizo uso de los diferentes canales de atención al usuario; las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, no son impuestas sino que se encuentra en la Ley 100 de 1993 por lo tanto, la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa.

Y frente a la devolución a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales redimidos, con cargo a sus propios recursos, con indexación, considera que debe ser revocada por lo antes expuesto, pero en caso de confirmarse la condena y declarar la ineficacia de la afiliación, solicita no se condene al traslado en forma indexada del porcentaje destinado al FGPM, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, ya que los gastos de administración es un concepto que tiene por mandato legal destinación específica conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y dicho descuento ha cumplido a cabalidad y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, así mismo, atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa; 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 de acuerdo con la coyuntura económica, 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, como se analizó por el Tribunal Superior de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019. Y resalta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000. Y en primas instancia se condena al traslado de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, pero como los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, no es posible la condena a una indexación de los valores ordenados a trasladar.

Considera improcedente las costas procesales, dado que la entidad obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales y buscando el beneficio de la parte demandante.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A., de trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima en forma indexada; iii) Si hay lugar a revocar la orden dada a COLFONDOS S.A. de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales indexados.

Y en el grado jurisdiccional de consulta, se deberá determinar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, entendido como: "... 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; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada de trasladar el bono pensional.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 30 de enero de 1965 (fl. 8 del expediente digital 02); cotizó al ISS del 6 de noviembre de 1985 al 30 de enero de 1996 (fl. 14 del expediente digital 07); solicitó traslado a HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A. el 14 de diciembre de 1995, posteriormente solicitó traslado a COLFONDOS S.A. el 5 de diciembre de 2000, retornó a HORIZONTES S.A. el 23 de agosto de 2012 y por fusión fue trasladada a PORVENIR S.A., el 1º de enero de 2014 según reposa en el historial de vinculaciones del SIAFP (fl. 52 del expediente digital 11).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, la cual informó que al momento del traslado a HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A., los reunieron y les dijeron que se iba a acabar el ISS y que debían firmar el traslado; el formulario de afiliación se lo entregó alguien de HORIZONTES S.A.; en el año 2000 se trasladó a COLFONDOS S.A. porque fueron unos asesores y les dijeron que ellos daban

mejores rendimientos y era mejor la afiliación con ellos; en el año 2012 se devolvió para HORIZONTES S.A. por inseguridad porque no veía respaldo con COLFONDOS S.A. y mucha desorientación y en HORIZONTES S.A. veía más presencialidad y se sentía más segura en HORIZONTES S.A.; en HORIZONTES S.A. nunca le hablaron de rendimientos financieros. El retorno a HORIZONTES S.A. se dio porque ella trabajaba en el Municipio de Itagüí y una asesora dijo que HORIZONTES S.A. se iba a acabar; no le informaron sobre lo que iba a pasar con el dinero que tenía en el ISS; ella quiso retornar al ISS pero no tuvo quien la orientara y cuando tenía casi 47 años ella buscó orientación, le decían que no se pasara y en otras oportunidades le decían que no se podía trasladar; su interés de retornar a Colpensiones porque ella ha devengado más del mínimo y aspira a un poco más del pago de pensiones.

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 aún 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, 782 de 2021 y SL 1465 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, y como juez constitucional en las sentencia 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 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 PORVENIR S.A., historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de saldos al 1º de octubre de 2012; consulta de viabilidad, historial de vinculaciones del SIAFP, historia laboral válida para bonos pensionales, relación de aportes, formulario de afiliación a HORIZONTES S.A., derecho de petición elevado por la demandante, respuesta a solicitud elevada, comunicados de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020 (expediente digital 11), 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 de la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, la permanencia sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media y la orden dada a PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. de trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante y los rendimientos financieros, frutos 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 siguientes¹:

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

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 Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada

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).”

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

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

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

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente*

indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”

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

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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

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

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

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a la PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, y el pago de dichos conceptos sean debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de esos fondos. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, ellos es, para el **30 de enero de 2025** al haber nacido el 30 de enero de 1965, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

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

4. De las costas procesales a cargo de PORVENIR S.A.

Se CONFIRMARÁ la condena en costas impuesta en primera instancia a cargo de PORVENIR S.A., de conformidad con lo establecido en el art. 365 del CGP

que expresa: “1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...”, y en este evento, las pretensiones de ineficacia del traslado y devolución de los conceptos indicados en apartes anteriores fueron reconocidas en el presente proceso.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las sociedades PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. por no prosperar el recurso de apelación presentado.

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 en el sentido de **ORDENARLE** a la PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, y el pago de dichos conceptos sean debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de esos fondos. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.


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

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

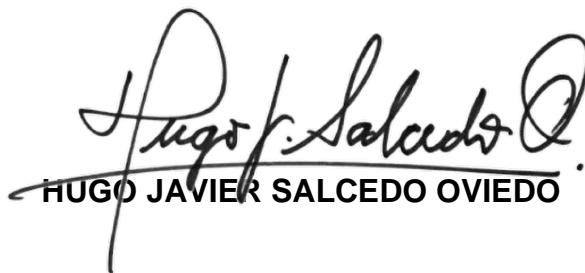
CUARTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las sociedades PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. por no prosperar el recurso de apelación presentado.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: DIANA PATRICIA CASTAÑO LÓPEZ
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-009-2022-0239-01
RADICADO INTERNO	: 263-23
DECISIÓN	: ADICIONA, REVOCA PARCIALMENTE, 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 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