

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cuatro (04) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: YOLANDA MARÍA LONDOÑO FERNÁNDEZ
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-008-2019-00729-01
RADICADO INTERNO	: 312-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 342

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 nulidad del traslado por ineficacia del acto jurídico, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A. porque obedeció a un vicio del consentimiento en el que se indujo a la demandante; se declare que siempre ha estado válidamente afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad.

Se CONDENE a PORVENIR S.A., a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, el bono pensional y las cuotas de administración a Colpensiones, debidamente indexadas; y se condene al pago de la indemnización de perjuicios.

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

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que la demandante nació el 14 de mayo de 1965; antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media desde el 25 de febrero de 1986; mantuvo vigente su afiliación al Régimen de Prima Media hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando en 1995 estando al servicio del Municipio de Medellín se hizo obligatoria la escogencia de fondo de pensiones y se trasladó a PORVENIR S.A; que el asesor de PORVENIR S.A. la abordó le explicó las ventajas del traslado pero no le explicó su situación pensional, ni de informarle las desventajas de su traslado, le realizó la afiliación a dicho fondo. Que el engaño la ha asumido en constante preocupación y desazón de cara a la perspectiva de pensionarse bajo condición es desfavorables. El 8 de octubre de 2019 solicitó simulación pensional, informándole la entidad que su mesada pensional sería del salario mínimo de y al solicitar la proyección a un calculista le informó que su mesada sería de \$1.218.849. Que a la demandante se le ocasionaron perjuicios patrimoniales, los cuales deben ser indemnización. El 20 de noviembre de 2019 se solicitó a PORVENIR S.A. el traslado a Colpensiones, sin obtener respuesta.

En auto del 20 de abril de 2021, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín remitió el proceso al Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en cumplimiento a lo previsto por el Acuerdo No. CSJANTA21-16 (expediente digital 10).

RESPUESTAS A LA DEMANDA

En auto del 19 de enero de 2022, el juzgado de conocimiento dio por no contestadas las demandas, situación que tomó como indicio grave en su contra (expediente digital 12).

En audiencia del art. 77 del CPT y SS, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín realizó control de legalidad, señalando que Colpensiones presentó contestación a la demanda oportunamente, pero ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, por lo que la dio por contestada.

Colpensiones en su contestación aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; la afiliación al ISS hoy Colpensiones; que al 1º de julio de 1995, la demandante estaba afiliada al ISS y realizó aportes hasta el año 2001; la solicitud elevada a PORVENIR S.A. de la simulación pensional. Sostiene que el 20 de noviembre de 2019 la reclamación fue elevada a PORVENIR S.A. y no a Colpensiones y el 7 de octubre (sin indicar fecha) se radicó solicitud a Colpensiones únicamente, para validarlos aportes trasladados en pensiones. No le conta los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones previas de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y excepciones de mérito de carga dinámica de la prueba, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones indexadas; prescripción, imposibilidad de condena en costas, compensación (expediente digital 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 3 de octubre de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual realizado en el año 1995 a PORVENIR S.A.

CONDENÓ a la PORVENIR S.A, que, en el término de un mes contado a partir de la ejecutoria de dicha providencia, trasladara a Colpensiones de todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago. Que, al momento de cumplir la 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 y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.

Le ORDENÓ a Colpensiones, a reactivar inmediatamente la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media, a recibir la devolución de los

dineros ordenados. Condenó en costas a PORVENIR S.A. ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A, de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A apela parcialmente la sentencia, en lo referente a la orden de trasladar a Colpensiones los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración, y demás emolumentos debidamente indexados, toda vez que la su representada realizó su gestión le generó a la demandante rendimientos financieros que superan su propio capital, y si el tiempo de afiliación nunca existió, se debe ordenar que los excedentes de los rendimientos, se compense con cualquier condena a su cargo, dado que la indexación busca resarcir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, pero con los rendimientos financieros generados compensarían cualquier pérdida del valor adquisitivo de la moneda o de perjuicios o merma del capital de la demandante.

En caso de haber permanecido afiliada a Colpensiones, en ese fondo también se descuentan los seguros previsionales y se destina un porcentaje para gastos de administración. que ordenar el traslado de los gastos de administración y los seguros previsionales constituye un enriquecimiento sin causa a Colpensiones.

En caso de acceder al traslado de dichos conceptos, solicita que no se ordene su indexación y se compense con los valores generados por rendimientos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones indica que la demandante si conoció y comprendió el cambio de régimen pensional que iba a realizar y tomo su decisión de manera libre, y que la causa que la mueve hoy a demandar no es haberse sentido engañada al momento de tomar decisión de trasladarse de régimen pensional que se siente más segura estando afiliada a Colpensiones.

Que si bien existen ya bases definidas por la jurisprudencia para la procedencia de la declaratoria de la Ineficacia de la Afiliación, en el caso de estudio no se cumple el presupuesto de falta de información a la afiliada demandante, se nota claramente que la demandante conocía las

implicaciones de su nueva afiliación al RAI, y que hoy su motivación para solicitar esa ineficacia no corresponde a la enunciada en su escrito de demanda, incluso podría mirarse la posibilidad de una confesión de la demanda en su declaración. Y como se indicó en el fallo de instancia la demandante contó con reasesoría días antes de cumplimiento de la edad límite para ejercer libremente su derecho a devolverse a Colpensiones, donde le indicaron que su mejor opción era regresar al Régimen de Prima Media.

Por lo expuesto solicita, analizar con detenimiento el cumplimiento del presupuesto para la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Fondo Privado de Pensiones, y por ende la condena a Colpensiones al reconocimiento de Pensión de vejez de la demandante, y proceder a la revocatoria de la decisión inicial

La parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia reiterando los mismos argumentos ya expuestos a lo largo del proceso relacionados con la falta de deber de información a cargo de las AFP del RAIS.

El apoderado de Porvenir S.A presenta alegatos manifestando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será

ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Que partiendo de lo anterior, en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso por cuanto el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que no se puede desconocer que la AFP, le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte, y que por lo tanto en el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

Que además dicha entidad cumplió con sus obligaciones que para el momento de la afiliación se le exigía y cumplió con todas las obligaciones de asesoría e información vigentes para la fecha.

Que además el afiliado decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT, y se debe tener en cuenta la voluntad del actor de permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Respecto a la imposición de cargas probatorias inexistencias indica que respecto al alcance de la información - la misma tiene que ser no solo de calidad sino "CALIFICADA"-, como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1637-2022 Radicación No. 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Que la primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos.

Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A, indicando en este sentido que tampoco es procedente la devolución de las cuotas de administración.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A., de trasladar los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración, y demás emolumentos debidamente indexados.

Y en el grado jurisdiccional de consulta, se deberá determinar: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar

a adicionar la sentencia, ordenándole a la sociedad PORVENIR 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.

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 14 de mayo de 1965 según se extrae de la historia laboral de Colpensiones y de Porvenir S.A.; la demandante cotizó al ISS del 25 de febrero de 1986 al 10 de septiembre de 1991 y del 1º de julio de 1995 al 31 de diciembre de 2000 (fl. 59 a 60 del expediente digital 03); según el CETIL de fl. 67, la demandante laboró para el Municipio de Medellín del 6 de mayo de 1992 al 30 de junio de 1995 y en esa oportunidad no se realizaron aportes; la demandante solicitó traslado a PORVENIR S.A. y realizó aportes desde el mes de enero de 2001 (fl. 55).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no existió confesión alguna, al haber informado que, estudio una tecnología en Administración Comercial; es secretaria en la Alcaldía de Medellín y trabaja en el Municipio de Medellín desde 1992; que inició el proceso laboral porque cuando se estaba acercando a la etapa buscar la pensión, cuando le dieron el informe se dio que estaba por debajo de lo que le habían prometido en PORVENIR S.A.; el traslado a PORVENIR S.A. se dio en 1994 o 1995 y se dio porque llegaron asesores a la Alcaldía de Medellín y los reunieron en un auditorio y les contaron que se debían pasar para fondos privados porque el ISS se iba a acabar; el formulario de afiliación lo firmó porque el ISS se iba a acabar; no leyó el formulario de afiliación; no recuerda la duración de la asesoría, pero no fue mucho tiempo; le dijeron que iban a salir liquidados con mucho más de los que le ofrecía el ISS en ese momento; no les hablaron de las diferencias de los regímenes pensionales; no le hablaron de las ventajas y desventajas del RAIS; no le explicaron de la diferencia de la pensión en uno y otro ambos regímenes pensionales.

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. AL darse por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. no se aportó prueba alguna, 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 de trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante y los rendimientos financieros.

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:

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

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 a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”

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 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)”

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. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, SL 1688 de 2019, SL 1465 de 2021, SL1949-2021, y 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 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.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo*

*a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales **y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”*

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

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

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

- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad PORVENIR S.A., 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. Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo la sociedad PORVENIR 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 sociedad PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, y el pago de dichos conceptos sean debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. 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: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

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

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



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS

Aclara voto

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-008-2019-0729-01
Radicado Interno 312-23


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ
Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa, y a efectos de dar claridad en torno a la postura sostenida en este tipo de procesos, estimo necesario precisar las razones por las cuales acompañó la decisión propuesta a la Sala por la magistrada ponente, particularmente en lo que se refiere a los efectos que implica la declaratoria de ineficacia del traslado para aquellas personas que se vincularon al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se acreditara el cumplimiento íntegro y cabal del deber de información.

Mientras estuve ejerciendo el cargo como Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, al interior de las providencias emitidas, sostuve que dentro de los dineros que debían entregar las administradoras del RAIS a Colpensiones, si bien se incluían las comisiones y gastos de administración, no ocurría lo mismo con los recursos dirigidos al pago de los seguros previsionales.

Posteriormente, a partir de un nuevo estudio del tema, incluidas las nuevas providencias que en torno al tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales han sido reiteradas en torno al tema, me veo en la necesidad de recoger la posición en principio adoptada, al contar con elementos de juicio que así lo avalan.

Lo anterior encuentra como sustento que se trata de recursos que integraban la cotización realizada al sistema pensional, por tanto, de cara a los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, cual es que el acto jurídico no produjo efectos, no es posible escindir los conceptos sufragados, y entender que parte de los gastos de administración deben ser entregados a Colpensiones y otros no, aun cuando tienen el mismo origen, máxime cuando es la AFP del RAIS quien originó o permitió que tales consecuencias se produjeran.

Como sustento de esta posición, pueden ser consultadas las sentencias CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022, CSJ SL3188-2022, CSJ SL1084-2023, CSJ SL2468-2023 y CSJ SL2105-2023. En la última de las citadas expresamente se señala:

Ahora bien, teniendo en cuenta que la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, las partes, en lo posible, deben volver las cosas al mismo estado en que se encontraban --como si el acto de afiliación no hubiera existido jamás--, esto es, con efectos *ex tunc*. En consecuencia, se confirmará el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de que, habiendo prosperado la declaratoria de ineficacia, para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

De otra parte, habrá de adicionarse el fallo de primer grado en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional, si lo hubiere. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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.

En estos términos dejo consignados los argumentos bajo los cuales debo clarificar el voto en esta oportunidad.

Fecha *ut supra*.


JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



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	: YOLANDA MARÍA LONDOÑO FERNÁNDEZ
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-008-2019-00729-01
RADICADO INTERNO	: 312-23
DECISIÓN	: ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 05 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 05 de diciembre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario