

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

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

DEMANDANTE : LUZ STELLA LÓPEZ OSORIO
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-001-2022-00015-01
RADICADO INTERNO : 328-23
DECISIÓN : ADICIONA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 341

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 o ineficacia del traslado a PORVENIR S.A., acto jurídico que carece de validez por existir vicio en el consentimiento, debido a la omisión del deber información y el no cumplimiento de las obligaciones que señalan los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; se declare válida y vigente la afiliación de la demandante a Colpensiones.

Se CONDENE a PORVENIR S.A, a trasladar a la Colpensiones, todos y cada uno de los aportes realizados Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración.

Se CONDENE a Colpensiones a recibir todos y cada uno de los aportes realizados por la demandante al Régimen de Ahorro Individual, rendimientos y

sin ningún descuento por cuota de administración. Se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone que la demandante nació el 16 de febrero de 1966; realizó cotizaciones al ISS desde agosto de 1984 a abril de 1996, oportunidad en que se trasladó a HORIZONTES hoy PORVENIR S.A.; le solicitó ante Colpensiones realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, porque la afiliación del Régimen de Ahorro Individual se realizó sin las garantías de una decisión informada y en respuesta del 2 de septiembre de 2021, se negó la solicitud por faltarle 10 años o menos para cumplir la edad mínima pensional. Asegura que al momento del traslado de Régimen de Ahorro Individual la demandante no obtuvo información suficiente, no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada en el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media; que el 3 de agosto de 2021, le solicitó a PORVENIR S.A, el traslado de régimen y las pruebas de las asesorías y re-asesorías brindadas, siendo negada la solicitud del traslado por estar inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; el 1º de septiembre del 2021 solicitó el traslado ante Colpensiones el cual fue negado. Afirma haber sufrido daño en su mesada pensional y en su derecho a la seguridad social, causada por la deficiente asesoría suministrada; que es evidente el detrimento de su mesada pensional que obtendría en la sociedad PORVENIR S.A. en comparación con la del Régimen de Prima Media, conforme las proyecciones aportadas en la demanda.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La sociedad PORVENIR S.A. manifestó que no es cierto que la demandante haya realizado traslado solo a HORIZONTES, porque el 23 de febrero de 1996 se trasladó a PORVENIR S.A. y el 22 de marzo de 2000 se trasladó a HORIZONTES; ni es cierta la falta de información porque sus promotores comerciales, brindaron información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993; la reclamación elevada a PORVENIR S.A. el 3 de agosto de 2021 y la respuesta dada. No le consta los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones previas invocó las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, la genérica (expediente digital 09).

La accionada Colpensiones en la contestación de la demanda acepta la fecha de nacimiento de la demandante; las cotizaciones realizadas al ISS; que el 1º de septiembre de 2021 elevara reclamación a Colpensiones, solicitando realizar el traslado al Régimen, en consideración a la presunta irregularidad en la asesoría brindada por Porvenir S.A., y que es cierto que el 2 de septiembre de 2021, le negaron la solicitud. Los hechos relativos a el daño que sufriría la demandante en su mesada pensional, la diferencia de la mesada pensión en ambos regímenes, y lo relativo a las proyecciones presentadas, considera que no son hechos. Respecto a los demás hechos de la demanda, indica que no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentación fáctica y jurídica y legal. Propuso las excepciones de improcedencia de declarar ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A.; improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios e indexación de condenas; inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales; inexistencia de ineficacia del traslado; imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba; Decreto 720 de 1994 - responsabilidad de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones y organización de los promotores; indebida aplicación del artículo 1604 del código civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media; desconocimiento del precedente judicial; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de las administradoras privadas; devolución de los aportes debidamente discriminados; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; imposibilidad de condena en costas, buena fe, compensación, innominada; devolución de la totalidad de los recursos cotizados; prescripción (expediente digital 10).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 9 de octubre de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual solicitada por la demandante el 12 de febrero de 1996, a la sociedad PORVENIR S.A., así como el posterior traslado a HORIZONTE S.A, por falta al deber de información.

Le ORDENÓ a Colpensiones a tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media, y homologar las semanas cotizadas por ésta al Régimen de Ahorro Individual, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual como se indicará a continuación.

Le ORDENÓ a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, incluso los descontados durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada en HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, debidamente indexados y todos los recursos discriminados como se indicó en las consideraciones expuestas. Condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A.. Se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

El apoderada de PORVENIR S.A apela parcialmente la sentencia, solicitando se revoque las codenas impuestas a la entidad que representa en forma indexada, al considerar que la indexación es improcedente dado que la finalidad de la misma sería evitar la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, según sentencia SL 9316 de 2016, pero teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de los fondos de pensiones es generar rentabilidad de las cuentas de ahorro individual, y en este evento, el dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se afectó con el fenómeno de la inflación, lo que conlleva a que no sea aplicable imponer la devolución indexada. Se remite sentencias del Tribunal Superior de Cali y de Cundinamarca, sostienen que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la indexación o el poder adquisitivo de la moneda.

En segundo lugar, frente al traslado de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima indexados, los considera improcedentes dado que la accionada no ejerce administración sobre ellos; que sería irrisoria la indexación de los mismos, porque indexación de ese concepto con cargo al fondo sería del 6% respecto del valor original y ello constituiría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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.

La apoderada de Colpensiones indica que no se puede declarar la ineficacia del traslado ya que no se probó ni declaró un vicio en el consentimiento por parte de la demandante, en el momento en que decidió cambiar de Régimen Pensional y trasladarse al régimen de ahorro individual.

De otro lado indica que no puede pretenderse que COLPENSIONES, sin haber tenido responsabilidad ni incidencia alguna en el traslado, soporte las consecuencias negativas de la declaratoria de la ineficacia máxime cuando no podía obligar a la afiliada a permanecer en el RPM.

Que no es plausible imponerle a la codemandada obligaciones y soportes de información por escrito que no fueron previstos por el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, este es, el Decreto 663 de 1993 por cuanto exigirlo deviene en una violación directa a los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso. A su vez, la se encontraba en la obligación de “1. Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones,

En caso de que se confirme la condena dirigida a declarar la ineficacia del traslado, solicita tener en cuenta el precedente de la Sala de Casación Laboral contenido en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706- 2021, SL 3571- 2021 y SL 3709-2021, y que en razón de ello se adicione que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación, se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del **recurso de apelación:** ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a PORVENIR S.A., de trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales en forma indexada.

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 ordenando el traslado de los rendimientos a Colpensiones; iii) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a las sociedades 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 5 de agosto de 1977 (fl. 18 del expediente digital 02); cotizó al ISS del 1º de agosto de 1984 a marzo de 1996 (fl. 64); solicitó traslado a Porvenir S.A en el 12 de febrero de 1996 y posteriormente a Horizonte S.A el 22 de marzo de 2000 según el hecho 2º de la contestación de la demanda de PORVENIR S.A. (fl. 2 del expediente digital 09).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, la cual informó que ella trabajaba en la Contraloría y estaba afiliada al ISS en el año 1995 pero en marzo de 1996 aproximadamente la pasaron para PORVENIR S.A.; ese cambio se dio porque les dijeron que era mucho mejor, ese cambio se los hicieron a muchos empleados y no recuerda quienes les die esa información; les hablaron de rendimientos; pero no les dieron toda la información y no les dijeron lo que iba a pasar cuando se fueran a pensionar; la información que reposa en el formulario de afiliación y la firma, acepta que son de ella; acepta que leyó el formulario; en el tiempo que estuvo afiliada al ISS no conoció los requisitos en el Régimen de Prima Media; esos requisitos no se los explicó el asesor de PORVENIR S.A.; no conoció que iba a tener una cuenta de ahorro individual; no le hablaron de bono pensional, no le explicaron lo que sucedería con las semanas del ISS; no recuerda si le hablaron de lo que sucedería en caso de fallecer, con el dinero de la cuenta de ahorro individual; no conoce la importancia de reportar a los beneficiarios; no recuerda que se haya afiliado en el año 2000 a la sociedad HORIZONTES S.A.; reconocer que la firma del formulario de afiliación a HORIZONTES S.A. es de ella; antes de cumplir 47 años no fue citada por PORVENIR S.A. para recibir asesoría; su interés de retornar a Colpensiones es porque su pensión en el fondo privado sería muy bajo a diferencia del salario que tiene; no recuerda que le hayan hablado de beneficios económicos.

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., aporte: comunicados de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020 (expediente digital 09), 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 de la afiliación de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, y la orden dada a PORVENIR S.A., de trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes¹:

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

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

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

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

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 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).”

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. el traslado de los rendimientos financieros, frutos e intereses a Colpensiones;
- ADICIONAR la sentencia, ORDENÁNDOLE a la 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 de cada una de 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 rendimientos financieros, frutos e intereses 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 Primero 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 de cada una de 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



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 acompaño 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	: LUZ STELLA LÓPEZ OSORIO
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-001-2022-00015-01
RADICADO INTERNO	: 328-23
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