

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: WILLIAM DE JESÚS SALDARRIAGA
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-017-2020-00339-01
RADICADO INTERNO	: 110-21
DECISIÓN	: ADICIONA, CONDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 154

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, 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 el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

De conformidad con la sustitución del poder que se allega al correo electrónico, por parte del Dr. SANTIAGO MUÑOZ MEDINA (en calidad de representante legal suplente de la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS SAS), se reconoce personería jurídica para representar los intereses de Colpensiones, al Dr. DARÍO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO. Por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP se le reconoce personería.

Y de conformidad con el poder especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.; y el certificado de existencia y representación de la sociedad en mención, en el que se certifica que *“Documento Privado Sin Núm. del Representante Legal, del 22 de noviembre de 2018, registrado el 23 de noviembre de 2018 bajo el número 00040473 del libro IX, de conformidad con el Artículo 75 del Código general del proceso fue inscrito como apoderado(s) judicial(es) y extrajudicial(es): ... JENNIFER LORENA MOLINA MESA”*, quien sustituye poder a la Dra. DANIELA JARAMILLO GAMBA, a la cual se le reconoce personería jurídica para representar los intereses de PORVENIR S.A., por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se declare la nulidad - ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual. Y en consecuencia se declare que el demandante está válidamente afiliado a Colpensiones. Se ORDENE el traslado al Régimen de Prima Media, de la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual depositado y administrado por PORVENIR S.A., al igual que la totalidad de los dineros que haya ingresado al Régimen de Ahorro Individual por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias, sin ningún tipo de deducción, los rendimientos financieros y los bonos pensionales a los que haya lugar. Y se condene a las demandadas en costas procesales.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 21 de agosto de 1959; se afilió al sistema general de seguridad social en septiembre de 1989 (sic). En el año 2002 un asesor de PORVENIR S.A. le brindó asesoría sin que le haya suministrado información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta en relación al traslado. Que el demandante tiene un total de 1.520 semanas en toda su vida laboral. Le solicitó a las accionadas declararan la ineficacia del traslado y lo anularan, obteniendo respuesta de ambos fondos que no era procedente el traslado por encontrarse a menos de

10 años para cumplir la edad de pensionarse. Solicita se tenga en cuenta el principio del indubio pro operario.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 15 de febrero de 2021, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del demandante, al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A.. CONDENÓ a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a la Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, como si hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media. Le ORDENÓ a Colpensiones, a proceder con el recibo de estos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la demandante. CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante, al Régimen de Prima Media. Impuso costas a PORVENIR S.A. a favor del demandante.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de Colpensiones en su recurso, solicita se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y en su lugar se ordene su devolución por parte de los fondos que hayan intervenido en el traslado con cargo a sus propios recursos, la devolución de las cuotas de administración, aduciendo que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688, 1421 de 2019 que hace referencia a la sentencia 3188 y 3949 de 2018, en donde se sostiene que los fondos de pensiones deben devolver la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, que la obligación de las entidades del Régimen de Ahorro Individual deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propios recursos y utilidades, porque estos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al Régimen de Prima Media, recursos que permiten la sostenibilidad financiera del sistema porque al tratarse de personas con edad avanzada, Colpensiones no tuvo la oportunidad de realizar todas las ecuaciones contables suficientes para garantizar las prestaciones económicas de

personas que su avanzada edad y que pasan el límite de la Ley 797 de 2003, son personas que ingresan al Régimen de Prima Media.

Por su parte, **la apoderada de PORVENIR S.A.** solicita se revoque la sentencia y se absuelva a su representada porque a la fecha de la vinculación del demandante, el contexto normativo vigente tenía un nivel amplio de interpretación, donde se permitía a las administradoras de pensiones brindar una asesoría verbal con base en la cual los potenciales afiliados pudieran presentar preguntas sobre su traslado pensional y en el interrogatorio de parte se evidencia que el actor recibió asesoría de HORIZONTES y de PORVENIR S.A. y con base a ello suscribieron un formulario de afiliación en forma libre y voluntaria, el cual se diligenció con la información brindada por el actor y para ese momento no se hablaba del deber del buen consejo y no era obligatorio realizar proyecciones pensionales; que el principal motivo por el cual pretenden regresar a Colpensiones es la diferencia de la mesada pensional ello no es óbice para entender una falta de información porque ello se escapa a la esfera de control y ello depende a cambios normativos y en la expectativa de vida.

En caso de dejar en firme la ineficacia, solicita que no se condene a la devolución de las comisiones de administración establecidos en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 como cuotas de administración, seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima, porque estos fueron realizados bajo el imperio de la norma mientras se pregonó la validez de dicha afiliación y tuvieron una destinación específica y estos rubros proceden en ambos regímenes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Y el apoderado de Colpensiones, solicita se modifique la providencia, teniendo en cuenta que la Circular 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera, menciona que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes. Es por ello que la solicitud de afiliación o traslado se analizada de manera directa y voluntaria

ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, art. 13 literal b); además las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual y posteriormente se devuelvan al ISS, no conserva el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Que, en ese sentido, tal y como se pudo verificar, la AFP PROTECCIÓN S.A, le brindó plena información sobre su traslado, dando cumplimiento al deber de información por arte de la AFP y el actor firmó voluntariamente después de haberle asesorado.

Adicionalmente, el art. 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, prohíbe expresamente el traslado de régimen cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, lo cual aplica al presente caso, teniendo en cuenta que el accionante a la fecha de la radicación de la solicitud de traslado al Régimen de Prima Media, ya se encontraba inmerso en la limitante temporal de edad por contar con 59 años de edad, por lo que Colpensiones debe dar plena aplicación a las normas sin que pueda aceptar el traslado.

Considera que la declaratoria “sin solución de continuidad” afecta el principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social, porque los recursos económicos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir un eventual retroactivo pensional al que posiblemente se condene a la demandada y la Corte Suprema de Justicia ha informado, que no es posible aplicar automáticamente el mandato de progresividad, pues las decisiones deben buscar que los principios coexistan y se desarrollen de manera armónica, teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados, que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos. Que, al tenerlo como afiliado al Régimen de Prima Media, se estaría atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional, porque el actor cuenta con 64 años y los recursos limitados del Régimen de Prima Media deberán entrar a cubrir los valores o montos económicos y dichas cotizaciones nunca prestaron el servicio de sostener las pensiones este régimen, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculada al Régimen de Ahorro Individual, que lo fue por más de 14 años.

En caso que la sentencia sea desfavorable a su representada, solicita se tenga en cuenta que Colpensiones se basa en el principio de legalidad, por lo que no puede ejercer actos en contra de la ley. Señala, además, que en el Régimen de Ahorro Individual se gravan los aportes de los afiliados con un porcentaje de administración, que no existe el Régimen de Prima Media, y que al no ser equivalentes los aportes transferidos del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, las sentencias 31.989 de 2008, SL 17.595 de 2017, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019, han señalado que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, tal y como son los recursos cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los Rendimientos, la anulación de Bonos Pensionales, el porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, y ello se haga de manera indexada.

Y la apoderada de PORVENIR S.A. considera no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado porque la decisión se realizó en forma espontánea, sin presiones o apremios y cumpliendo los requisitos de ley, 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 en diferentes momentos, ello es, en forma verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión en forma personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y finalmente dentro del mismo formulario, 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. 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 de los valores recibidos con motivo a la afiliación, incluyendo los descuentos por concepto de administración de las cuentas de ahorro individual, considera que le asiste la razón a la A Quo de no condenar a la devolución de los gastos de administración, porque este concepto son un descuento que se presenta en ambos regímenes pensionales, conforme lo especifica el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y dicho pago cubre las contingencias de los seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte.

En caso de dejarse en firme la ineficacia de la afiliación, solicita se confirme igualmente la excepción de traslado de los dineros descontados por gastos de administración decretada en la sentencia porque dicha suma tiene por mandato legal una destinación específica consagrada en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, y en este caso han cumplido a cabalidad su cometido 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; y 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.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en apelación: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; y ii) Si hay lugar a condenar a PORVENIR S.A. a trasladar las cuotas de administración. En el grado jurisdiccional de consulta, se deberá analizar: i) Si hay lugar condenar a PORVENIR S.A. a trasladar las cuotas de administración indexadas; y ii) Si hay lugar a condenar a PORVENIR S.A. a trasladar las sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 40 años de edad al haber nacido el 21 de agosto de 1959, (fl 17 del expediente digital); que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 27 de octubre de 1986 al 5 de junio de 2002 (fls. 47 a 51); solicitó traslado a la sociedad PORVENIR S.A. el 7 de septiembre de 2001 (fls. 148).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado el demandante que su grado de escolaridad es hasta quinto de primaria; que se trasladó a PORVENIR S.A. en el año 2000; se trasladó porque llegaron señoritas y dos jóvenes y nos reunieron a todos, eso fue rápido, no hicieron reunión y los trasladaron rápido, les dijeron que el ISS se iba a acabar, los trasladaron y no hubo tiempo de nada, y ellos se pasaron porque les dijeron que el ISS se iba a acabar. Esa reunión duró máximo 15 minutos. Esas personas no le explicaron que iba para un fondo de naturaleza privada, no les explicaron nada, fueron 6 los que se afiliaron y no les dijeron nada; no le informaron cuales eran los requisitos para acceder a la pensión; no le informaron que habían personas que tenían régimen de transición y que no les convenía trasladarse; frente a las semanas que tenían en Colpensiones le dijeron que las semanas quedaban ahí y después se hacía el traspaso; no le hablaron de rendimientos financieros, ni que iba a tener una cuenta de ahorro individual, no le explicaron que podía hacer aportes voluntarios, tuvo que firmar el formulario porque el ISS se iba a acabar; no le hablaron que se podía pensionar anticipadamente; él le entregó los datos a la asesora para que lo diligenciar, y él solo firmó el formulario porque no sabe leer ni escribir; él le dijo

a la asesora de PORVENIR S.A. que no sabía leer y escribir. No recibió asesoría por otro fondo de pensiones al momento de trasladarse a PORVENIR S.A..

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 L 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 L 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 aun operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611,

2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, 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 de Colpensiones, 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 tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A. aporte certificado de afiliación del demandante desde el 1º de octubre de 2020, historia laboral válida para bonos pensionales,

formulario de afiliación a PORVENIR S.A., relación histórica de movimientos, solicitud elevada por el demandante, de cálculo actuarial o proyección del monto de la pensión de vejez, copia cedula de ciudadanía del demandante, respuesta solicitud de copia de reasesoría, historia laboral y proyección pensional; comunicados de prensa, historia laboral consolidada, historia de vinculaciones, respuesta de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA a ASOFONDOS del 15 de enero de 2020 (fl. 143 a 226), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse del ISS al RAIS, **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 y la orden dada de trasladar a Colpensiones el efecto el capital, sus rendimientos y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima.

2. De los efectos de la ineficacia

- Frente a la devolución de las **cuotas de administración debidamente indexados**, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliado el demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; y 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”*, 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.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora**, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, en donde se rememoró la sentencia 31989 de 2008 en la cual se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora,.”*

Como consecuencia de lo anterior, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la sociedad PORVENIR S.A., a trasladar las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ambas debidamente indexadas, conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante, por no haber salido avante el recurso de apelación interpuesto. Sin costas a Colpensiones por haber prosperado la impugnación presentada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ambas debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia emitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Costas en esta instancia en la suma de \$908.526 a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante, por no haber salido avante el recurso de apelación interpuesto. Sin costas a Colpensiones por haber prosperado la impugnación presentada.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
- SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 103 del 16 de junio de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100>