

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: RODRIGO ANTONIO VALENCIA VELASQUEZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2021-00077-01
RADICADO INTERNO	: 151-22
DECISIÓN	: REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 184

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

Se reconoce personería a la Dra, VALENTINA GÓMEZ AGUDELO, como apoderada de Colpensiones conforme al poder de sustitución allegado por cumplir con lo requisitos del artículo 75 y ss del C.G.P.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia o nulidad del traslado en pensiones del RPM hacia el RAIS y en consecuencia se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones y se ordene el traslado al RPM de la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual con todos los dineros que hayan ingresado al RAIS como cotizaciones obligatorias y voluntarias sin ningún tipo de deducción, los

rendimientos financieros y los bonos pensionales a que haya lugar, y se condene a las codemandadas a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 26 de agosto de 1957 y se afilió al ISS desde abril de 1981 y en año 1995 asesores de porvenir le brindaron asesoría para que supiera que el fondo privado tenia mejores oportunidades para pensionarse y con mas garantías, le indicaron que en dicho fondo se pensionaria antes de la edad requerida en el ISS, y con una mesada pensional superior pero nunca le informaron que el monto de la mesada pensional disminuiría al estar sujeta al reporte de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual y que por lo tanto nunca le suministraron información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta en relación con el traslado ni se le indicaron las ventajas y desventajas que tenia el traslado. Que a la presentación de la demandada el actor ha realizado cotizaciones como trabajador independiente por mas de 1.900 semanas. Que no recibió asesoría antes de cumplir los 52 años sobre la posibilidad de regresar al RPM, y que solicitó a Colpensiones y a porvenir el 22 de octubre de 2019, la ineficacia o anulación del traslado para regresar al RPM, obteniendo respuesta negativa por parte de ambas entidades, y que según proyecciones realizadas la pensión en el RPM seria de \$3.180.820 mientras que en el RAIS seria de \$1.362.200

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la fecha nacimiento del demandante, la fecha de afiliación al ISS, y que en el año 1995 se trasladó a Porvenir S.A, y que tiene mas de 1.900 semanas cotizadas, asi como los derechos de petición allegados como medio de prueba, y la respuesta dada a los mismos, frente a los demás hechos manifestó no constarle, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la innominada.

RESPUESTA DE PORVENIR S.A

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que acepta la afiliación del demandante a dicha entidad, las peticiones presentadas y las respuestas dadas a las mismas, frente a los demás hechos manifestó no ser ciertos, se opone a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 21 de abril de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor RODRIGO ANTONIO VALENCIA VELASQUEZ del RPMPD al RAIS administrado por AFP PORVENIR, en 1995 y los posteriores traslados. DECLARÒ que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, y CONDENO a la AFP PORVENIR a trasladar los dineros con destino a COLPENSIONES, específicamente los montos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, exceptuando de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y prima de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte. Así mismo precisó que los dineros de los cuales se ordenó su traslado deberán ser trasladados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia. CONDENO a COLPENSIONES a validar la afiliación del demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en la sentencia, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por el demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. CONDENO en costas a AFP PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma equivalente a dos SMLMV; a favor del demandante. No condenó en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Colpensiones presenta recurso de apelación en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración y seguros indicando que los efectos de la ineficacia son absolutos y deben comprender no solo los aportes y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima

sino también seguros previsionales y las cuotas de administración, por lo que solicita se ordene el traslado de dichas sumas a Colpensiones debidamente indexadas por cuanto a Colpensiones debe garantizarse la integridad de la cotización sin descuento alguno ya que será quién reciba la afiliación del demandante y para todos los efectos legales debe tenerlo afiliado al fondo público sin solución de continuidad y además no puede perderse de vista que Colpensiones es la entidad que a futuro deberá asumir el pago de las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social.

Qué además los efectos de la ineficacia se traducen en qué las cosas deben retornar al estado anterior resultando intrascendente que la que el demandante haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo privado en tanto Colpensiones no tiene por qué ver disminuida la cotización ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media y no deben de ser realizados por porvenir sino por Colpensiones. Que además también cobra relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia que el mismo no se vea limitado por omitir el retorno de estos descuentos que se le hicieron a la parte demandante.

La apoderada de Porvenir S.A interpone recurso de apelación manifestando en síntesis que se debe aplicar la ley vigente al momento del traslado y que partiendo de ello Porvenir S.A si cumplió con el deber de información a su cargo vigente para la fecha de la afiliación pues este para dicha época era un deber de información menos exigente y que por lo tanto solo tenía la obligación de dar de manera verbal asesoría donde se informara sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad y que para ese momento no existía la obligación de presentar una proyección pensional además que el demandante confesó haberse sentido motivado a trasladarse por las características propias del régimen de ahorro individual esto es por la posibilidad de pensionarse anticipadamente o poder disponer de los recursos de la cuenta de ahorros entre otros.

Qué el demandante firmó de forma voluntaria el formulario de afiliación con plena capacidad, no fue tachado de falto, y que está firma del formulario fue precedida por una asesoría del asesor del fondo privado.

Que el no cumplimiento de expectativas pensionales no es óbice para declarar la ineficacia del traslado, situación que por demás es contradictoria y poco congruente con la pretensión de la demanda, con los hechos narrados e incluso con lo presentado en el interrogatorio de parte.

Que del interrogatorio realizado al demandante se resalta que el mismo fue inconsistente donde no se pudo determinar las condiciones de tiempo modo y lugar de la afiliación y que lo único que se pudo identificar es que al demandante le era indiferente las circunstancias de la afiliación sobre todo teniendo en cuenta que este niega haber estado afiliado a porvenir pese a que su traslado primigenio fue a Porvenir por lo que, agregando que al demandante le es más conveniente no dar toda la información referente a cómo fueron las circunstancias de tiempo modo y lugar de su afiliación y que por lo tanto sí hubo una feria cómo lo dice este donde se le manifestó información en relación con las condiciones que le ofreció Porvenir decidió elegir dicho fondo debería tomarse la misma como una prueba de cumplimiento del deber de información de la AFP por cuanto esto también se tiene que armonizar con la confesión del demandante en cuanto a que su intención de traslado era por la diferencia de la mesada pensional y su expectativa económica.

Así mismo solicita se revoque la orden de trasladar lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima por cuánto estos corren la misma suerte que los gastos de administración que no fueron ordenados devolver en la sentencia de primera instancia. En virtud de lo mencionado solicita se revoque la sentencia en los anteriores términos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Porvenir S.A manifiesta que, pese a que no se presenta apelación al no existir condena en contra de Porvenir S.A., se aparta de los argumentos que justifican una ineficacia de traslado de fondo esbozados por el juez de primera instancia, en el siguiente orden. que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

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

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

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

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-

2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

La apoderada de Colpensiones indica que en proceso quedo demostrada la libertad de escogencia de régimen, ya que como el mismo demandante lo informó en su declaración, el fondo le suministró una información suficiente que le generó un grado de confiabilidad que la llevó a optar por pertenecer a dicho régimen entre las cuales resalta la posibilidad de que su capital ahorrado fuera heredable, la posibilidad de optar por pensionarse anticipadamente y en especial los rendimientos que recibiría su ahorro por las gestiones de la administradora.

Que además se debe exigir el deber de información existente de acuerdo a la normativa vigente para el momento del traslado. Y que además se debe tener en cuenta que en cabeza de la afiliada que pertenece al Sistema General de Pensiones recaen un serie de responsabilidades entre las cuales está el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones al cual quiere pertenecer, aprovechar los mecanismos de divulgación de información que suministran los fondos y emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones conforme lo establece la ley 1328 de 2009, por lo que se puede concluir que de conformidad con la anterior normatividad existen también deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado.

Que no puede ser trasladada al RPM por cuanto no cuenta con el requisito de faltarle menos de 10 años para pensionarse, precisando además que ello afectaría terceros de buena fe, y en caso de no aceptarse ello indica que se debe evaluar la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económicas,

o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales, y en caso de mantenerse la decisión de declarar la ineficacia solicita se modifique el numeral tercero de la sentencia en especial en lo concerniente a ordenar a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por el demandante, esto es, que a más de los aportes, rendimientos y el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, traslade también los valores descontados por cuotas de seguros previsionales y todos los gastos de administración a que hubo lugar durante el tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha administradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 26 de agosto de 1957, (fls 16 de la demanda), y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 08 de abril de 1981, según se observa de la historia laboral visible a folios 17 y ss, y se trasladó a LA AFP PORVENIR S.A de forma efectiva a partir del 01 de julio de 1995, a Horizonte S.A a partir del 01 de enero de 2007, y nuevamente a PORVENIR S.A a partir del 01 de enero de 2014, (fls 49 de la contestación de Porvenir S.A).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que en la época del traslado no trabajaba en oficia sino que era un revisor de terreno y los llamaron a una feria en el piso 11 del edificio inteligente donde estaban todos los fondos donde se quisieran arrimar a pedir asesorías, y que siempre tuvo en la mente que era algo muy bueno el traslado, que le

dijeron que se podía pensionar mejor y podía hacer un ahorro, que fue algo muy rápido y no le hicieron cuentas, que se afilió a Porvenir S.A porque fue la primera AFP que encontró y ahí hizo una fila, que le dijeron que era mejor y el se cambió, que en el 2006 se trasladó a Horizonte porque le dijeron que se iba a pensionar mejor que en el fondo anterior. Luego el actor manifiesta que no recuerda la afiliación a Porvenir S.A pero acepta que la firma del formulario de afiliación si es la suya.

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 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

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 vincularse a dicha entidad, 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 genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no

pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Ahora, si bien es cierto que en el interrogatorio de parte rendido por el demandante se evidencian algunas inconsistencias y contradicciones referentes a la afiliación a la AFP PORVENIR, lo cierto es que dicho medio probatorio es idóneo en la medida en que sirva para provocar confesión, y de lo narrado por el actor en momento alguno se evidencia alguna situación que pueda llevar a inferir confesiones relacionadas con el deber de información a cargo de la entidad demandada, razón por la cual debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por el demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

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

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

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los*

rendimientos ...”, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

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

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver “*los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales*”; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la

Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

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

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

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

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

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

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo

por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”*

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima 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.”

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser REVOCADA en cuanto negó el traslado de las cuotas de administración y seguros

previsionales y en su lugar se CONDENA a PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, los cuales se encuentran constituidos por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, debidamente indexados así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima.

En lo que respecta la solicitud del apoderado de Colpensiones en los alegatos de conclusión relacionados con realizar un cálculo actuarial indica la Sala que no es procedente dicha solicitud, toda vez que , con la ineficacia declarada se ordena la devolución de todos los dineros y aportes realizados por el afiliado, incluidos los deducidos por cuotas de administración, los de garantía de pensión mínima y los destinados a seguros previsionales, además que por naturaleza en el RAIS el rendimiento de los aportes es mucho mayor que los que se generan en el RPM, con lo que se lograría equiparar e incluso superar los aportes de este régimen.

En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto absolvió de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales para en su lugar CONDENAR a PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, los cuales se encuentran constituidos por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, debidamente

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-007-2021-00077-01
Radicado Interno 151-22

indexados así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO: 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



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-007-2021-00077-01
Radicado Interno 151-22



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	: RODRIGO ANTONIO VALENCIA VELASQUEZ
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-007-2021-00077-01
RADICADO INTERNO	: 151-22
DECISIÓN	: REVOCA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> 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 27 de julio de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 27 de julio de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO