

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: EDGAR JOHSEP MARTIN ROJAS PRIETO
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00693-01
RADICADO INTERNO	: 161-22
DECISIÓN	: ACLARA, ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 199

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.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación al RPM administrado por Porvenir S.A y se ordene la afiliación o reactivación al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad y se ordene a Porvenir S.A el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual hacia Colpensiones con sus rendimientos, frutos e intereses, sumas adicionales, cuotas de administración, el aporte al fondo de solidaridad pensional y a Colpensiones a recibirlos.

Como supuestos facticos manifestó que a la fecha de la presentación de la demanda cuenta con 54 años de edad al haber nacido el 20 de febrero de 1965 y cuenta con 1097 semanas cotizadas de acuerdo a la historia laboral de

protección generada en el mes de septiembre del 2019, que antes de entrar en vigencia la ley 100 del 93 estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones y estando laborando al servicio de la empresa Germán Morales e hijos en octubre 1994 llegaron unos asesores de porvenir y les hicieron una reunión grupal donde indicaban que lo conveniente en ese momento era firmar con ellos ya que el ISS se iba a acabar y ellos eran un fondo más seguro y por ello decidió afiliarse allí, que en ese momento no se le informaron al demandante que la pensión era por capital, ni se le informó sobre el derecho al retracto, ni los bonos pensionales, ni la modalidad de pensión, ni le hicieron un comparativo entre ambos regímenes para determinar la conveniencia o inconveniencia del traslado, que la asesora tampoco le suministro información referente a los factores que se tienen en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni del cobro de comisiones y cómo los afectaría, ni tampoco le informo de la existencia del riesgo financiero y que si existían pérdidas los asumiría el afiliado, que tampoco le informaron los factores que impactan la pensión en el RAIS ni le hicieron un estudio individual previo y concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, que solicitó a porvenir entre estudios previos de asesorías y la proyección de la mesada pensional recibiendo respuesta el 3 de septiembre del 2019 donde le indicaron que la pensión sería de \$1.479.500 y que la pensión en Colpensiones sería de \$3.203.775, que además solicitó a Colpensiones el retorno al régimen de prima media mediante radicado el 01 de octubre del 2019.

RESPUESTA PORVENIR S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando frente a los hechos no constarle y no ser ciertos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, y buena fe.

RESPUESTA COLPENSIONES

Al dar respuesta a la demanda manifiesta que acepta la edad del demandante y las semanas cotizadas, frente a los demás hechos manifestó no constarle,

se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de imposibilidad de traslado de régimen, improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado, devolución de cuotas de administración, prescripción, equivalencia del ahorro, imposibilidad de condena en costas,

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 06 de junio de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ a ineficacia del traslado que el demandante EDGAR JOHSEP MARTIN ROJAS PRIETO realizó del instituto de seguros sociales hoy Colpensiones al RAIS a la AFP PORVENIR S.A para el 13 de octubre de 1994. ORDENÓ a PORVENIR SA qué en virtud de la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación del demandante retorne a Colpensiones a su satisfacción y equivalencia en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante y que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones con sus rendimientos, además de los gastos de administración, pagos de seguros y reaseguros y pagos al fondo de garantía de pensión mínima. ORDENÓ a Colpensiones para que permita el traslado del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida conservando los beneficios que lo cobijaban al momento de su traslado de régimen, actualizando el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad, y recibiendo los aportes ya detallados. CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A en la suma de \$3.500.000 a favor de la parte demandante y no condenó en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A interpone recurso de apelación manifestando que no hay lugar a la declaratoria de la ineficacia por cuánto en este caso no existían razones fácticas o jurídicas para tal declaratoria pues la decisión del acto se hizo espontánea y sin presiones y la demandada cumplió con la carga del deber de información que le asiste para el momento del traslado y que en este sentido es evidente que durante todo el tiempo de afiliación al actor se le brindó la información necesaria para que esté tomara las decisiones pertinentes que considerara mas ajustadas a sus intereses resaltando que no

era obligación vigente para el momento de la afiliación entregar documentos dónde constara la asesoría, pues indica que esta obligación surgió con la circular 016 de 2016 de la superintendencia financiera de Colombia y que por lo tanto no es cierto que Porvenir S.A al día de hoy se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar lo solicitado. Que además las obligaciones como el buen consejo y la doble asesoría son obligaciones que surgen muy posteriormente a partir del año 2014 y 2010 lo cual ha sido objeto de recapitulación por parte de la corte suprema de justicia en providencias como la SL 1688 SL 1689 y SL 3464 de 2019 y en consecuencia tales obligaciones no existían para la época del traslado del demandante y por lo tanto no podrían aplicarse de forma retroactiva.

Que además es evidente que en el proceso se evidenció que el actor era consciente del acto jurídico que estaba celebrando y que voluntariamente decidió suscribir el formulario de afiliación a través del cual se perfeccionó la afiliación ante Porvenir y que por lo tanto teniendo en cuenta además la validez de la afiliación considera debe revocarse la sentencia que ordenó trasladar los valores recibidos con ocasión de la filiación del demandante y que si se dejara en firme la declaratoria de la ineficacia solicita se revoque la condena consistente en trasladar los gastos de administración, los seguros y reaseguros y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima pues indica que la inversión de los gastos de administración para la generación de rendimientos financieros se hizo por mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993, motivo por el cual no se hizo de forma antojadiza por la demandada sino acogiéndose a la normativa que exige para el descuento de las cotizaciones realizadas por el demandante. Que además de lo anterior toda la decisión judicial debe ir acorde con el principio de sostenibilidad financiera indicando que la sentencia de primera instancia no acoge tal principio porque actualmente esas cuentas de administración que ya se utilizaron en la generación de frutos y rendimientos que se reflejaron de forma positiva en la cuenta de ahorro individual del demandante ya no están en el patrimonio de Porvenir y por lo tanto no es posible darlas nuevamente al afiliado o retornarlas en este caso a Colpensiones porque el servicio ya se prestó reiterando que en todo caso la demandada lo hizo de buena fe.

La apoderada de Colpensiones interpone recurso de apelación manifestando que no hay lugar a la declaratoria de la ineficacia por cuanto el

acto de afiliación cumplió con los requisitos de forma y de fondo para hacer válido, que el traslado se dio en debida forma sin que hubiese mediado circunstancia que pudiera invalidar dicho acto jurídico, y que además se observó en el debate probatorio que la AFP dio cumplimiento a lo que en su momento correspondía al deber de información indicando que de los medios probatorios se llega a un grado de verdad procesal que permite probar sin lugar a dudas el conocimiento y asentimiento del afiliado que efectuó el traslado. Que si bien existe una intervención y asesoría de la AFP Porvenir que podría generar un vicio en la voluntad del afiliado, ello debe demostrarse pues de lo contrario se llegaría a conjeturas y suposiciones en un tópico de especial importancia como lo es el traslado de un afiliado estando próximo de adquirir un derecho pensional pues no es menos cierto que debe protegerse el principio de la sostenibilidad financiera del sistema trayendo a colación la sentencia T 122 de 2017 para el efecto. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y se absuelva a la demandada de las peticiones incoadas en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones indica que con la demanda no se aporta ningún documento para probar el vicio del conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado. Respecto a la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial indica que esta debe ser mirada en cada proceso en particular para determinar quien debe probar, y que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante. Que además no pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo y que del trámite dado en primera instancia se evidencia claramente que no existió dolo, culpa, ni se forzó al señor ROJAS PRIETO a cambiarse de régimen, por lo que dicho traslado fue voluntario. Que el actor al presentar actos de convalidación reafirmó su voluntad genuina de permanecer en el rais, citando para ello la sentencia SL 413-2018.

Que adicionalmente, al momento de haber realizado el traslado de régimen pensional, tenía la capacidad de discernir cuál de los dos regímenes le era más favorable, cuestionando y formulando las respectivas dudas que a bien tuviere, toda vez que en tratándose de un derecho tan importante como el pensional, la obligación mínima exigida para la parte demandante era la de informarse al momento de la suscripción por lo que se considera que su vinculación se dio de manera “libre, espontánea y sin presiones”; más aún cuando el formulario de afiliación se evidencia correctamente diligenciado con la rúbrica de la parte demandante, obligándose así a respetar lo consignado en dicho documento pues se da cumplimiento a los requisitos preceptuados por el artículo 1502 del Código Civil.

Que debe ser la parte demandante quien pruebe la mala fe de la sociedad demandada para realizar el acto jurídico de afiliarlo con temeridad, engaño y cualquier tipo de acciones contrarias a una adecuada aceptación, precisando además que se deben de tener en cuenta y exigir a la AFP son las normas de asesoría vigentes al momento de la afiliación, concluyendo que en el presente caso no solo se suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de LA AFP, sino que también se cumplió con los lineamientos fijados en la ley, procedió a reiterar su voluntad de permanencia en dicho régimen, al permanecer durante un vasto interregno de tiempo en dicho fondo, lo que supone que estaba conforme con los beneficios de dicho régimen. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y se absuelva a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

El apoderado de la parte demandante solicita se confirme la sentencia dado el reiterado precedente del órgano de cierre en estos escenarios, pues como bien se dice en la ratio decidendi no se probó por parte de las administradoras de pensiones que al demandante se le hubiere dado una información plausible que dejara incólume el consentimiento informado, ineludible en el tópico de las afiliaciones o traslados de regímenes. Para lo anterior se cita entre otras las sentencias 31989-08; 31314-08; 33083-11; SL1236-14; SL9519-15; SL 17595-17; SL19447-17, SL3496-18; la 76284 de agosto 14/2019, y la SL1421-2019. En lo demás reitera los argumentos ya expuestos en la demanda acerca del deber de información.

El apoderado de Porvenir presenta alegatos de conclusión reiterando algunos de los argumentos expuestos en la apelación señala con respecto a la ineficacia del traslado 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.

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, 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 20 de febrero de 1965, (fls 47), inició sus cotizaciones en el ISS hoy Colpensiones desde el 22 de mayo de 1990, (fls 45 del expediente digital), y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A de forma efectiva a partir del 01 de noviembre de 1994, (fls 113 del expediente digital).

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 se afilió a Porvenir cuando trabajaba para German Morales Arango e Hijos, recibió una llamada de parte de oficina central que se dirigían unos asesores para hacer un tema de inducción a pensiones y que reuniera a las personas para recibir esta información, donde les informaron que el ISS se iba a acabar y que Porvenir ofrecía una alternativa y que era importante que firmaran para que pudieran tener un mejor beneficio cuando se fueran a

pensionar, que la reunión fue corta, y que el firmo porque vio que no tenía otra alternativa en ese momento. Que lo se le hablo de los rendimientos financieros, y que no le informaron de ninguna otra ventaja de trasladarse a Porvenir, que no se le dijo que iba a pasar con el dinero que había cotizado en el ISS. Que no conocía de la posibilidad de hacer aportes voluntarios.

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.**

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 ACLARADA, en el sentido de que la orden dada a PORVENIR S.A, para que traslade a Colpensiones **los gastos de administración** los mismos se encuentran 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*" por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo, y se ADICIONARA la sentencia en el sentido de que dichos conceptos deben trasladarse de forma indexada. En todo lo demás se confirma la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y de COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas 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: ACLARAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de que la ordenada a PORVENIR S.A, para que traslade a Colpensiones **los gastos de administración** los mismos se encuentran constituidos por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicho fondo. Así mismo se ADICIONA la sentencia en el sentido de que dichos conceptos deben trasladarse de forma indexada

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y de COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-004-2019-00693-01
Radicado Interno 161-22



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	: EDGAR JOHSEP MARTIN ROJAS PRIETO
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PORVENIR S.A
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00693-01
RADICADO INTERNO	: 161-22
DECISIÓN	: ACLARA, ADICIONA 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 05 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 05 de agosto de 2022 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO