

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL
APELACIÓN - SENTENCIA

DEMANDANTE	GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION- PORVENIR- SKANDIA
RADICADO	05001-31-05-023-2019-0878-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma

Medellín, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **AFP PROTECCION S.A. PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 011**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuesto por el apoderado judicial de las AFP PROTECCION S.A. PORVENIR S.A y SKANDIA S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 05 de diciembre de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante fue trasladado del régimen de prima media al RAIS.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendido para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado demandadas, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 9 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR EL TRASLADO POR EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL, IMPOSIBILIDAD PARA CUMPLIR LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, DETRIMENTO PATRIMONIAL DE LOS RECURSOS DEL ESTADO AL ADMITIR EL TRASLADO DEL RAIS AL RPM, POR VULNERACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL, EVENTUAL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA POR PARTE DE LA AFP OLDMUTUAL S.A., FRENTE A LA ORDEN DE TRASLADO DE LOS RECURSOS DE FORMA INCOMPLETA O PARCIAL, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DE DECLARAR LA NULIDAD/INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEXISTENCIA DE ELEMENTOS PARA LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DEL RÉGIMEN PENSIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR*

PASIVA, BUEN FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN LABORAL Y CIVIL, COMPENSACIÓN Y PAGO, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS"

SKANDIA S.A., también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 14 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, GENÉRICA"*

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 32 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, COMPENSACIÓN"*

PROTECCIÓN S.A., asimismo describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 29 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, TRASLADO DE APORTES A LA AFP PORVENIR S.A, TRASLADO Y MOVILIDAD DENTRO DEL RAIS A TRAVÉS DE DIFERENTES AFPS CONVALIDA LA VOLUNTAD DE ESTAR AFILIADO A DICHO RÉGIMEN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 05 de diciembre de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz la afiliación a AFP PROTECCIÓN S.A. y a la AFP HORIZONTE S.A. (Hoy PORVENIR S.A.), AFP SKANDIA S.A. y a la AFP PORVENIR S.A. del señor GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON.

Condenó a **SKANDIA S.A.** a trasladar con destino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual del señor GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON, con sus respectivos rendimientos, incluidas las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados (estos tres últimos conceptos),

Asimismo, se CONDENÓ a la **AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.**, para que trasladen con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

Y se advirtió a **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A.** y a **PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplir la orden impartida, deberán remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

ORDENÓ a COLPENSIONES, que reciba las sumas que le sean giradas por **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A.** y por **PORVENIR S.A.**, las convierta a semanas efectivamente cotizadas por el demandante, lo tenga por afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y, actualice su historia laboral.

Condenó en costas procesales de primera instancia a **AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, y en favor del señor **GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON**.

El A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, de la **AFP PORVENIR S.A.**, y de la **AFP SKANDIA S.A.**

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de la AFP recurrió la sentencia de manera parcial, específicamente en relación con el numeral segundo de la parte resolutive que

ordenó trasladar a Colpensiones de manera indexada, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y los aportes de fondo de garantía de pensión mínima; argumentando el recurrente que la entidad no administra los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, pues fue cerrada con ocasión del traslado horizontal que solicitó el actor hacia la AFP SKANDIA, y en este sentido no existe ningún emolumento y además los aportes que fueron trasladados hacia la AFP en el año 2013, fueron recibidos por la entidad de manera satisfactoria y por tanto, se debe analizar para este caso el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta que estos conceptos no forman parte del capital para financiar la prestación económica de vejez que pueda pretender el demandante, en caso de solicitar esta prestación ante Colpensiones, y la condena sería un doble pago hacia la entidad, teniendo en cuenta que ya no existe cuenta de ahorro individual con solidaridad y estos no pueden ser asumidos por la entidad con los propios recursos.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de la AFP, recurrió de manera total la sentencia de primer grado, cuestionando que no se cumplen los supuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, por cuanto la AFP es un tercero ajeno al traslado inicial que hiciere el demandante, teniendo en cuenta que su primer paso por el RAIS, se dio a través de la AFP Protección, y posteriormente existen unas vinculaciones con Horizonte y Porvenir, pero son ajenas al primer momento del traslado y básicamente la AFP, se encargó de aceptar el traslado del demandante en los términos del artículo 112 de la ley 100 de 1993, en dos oportunidades diferentes.

Agregó el apelante que los múltiples traslados realizados por el actor en el RAIS, son constitutivos de actos de relacionamiento, pues el demandante estuvo en dos oportunidades con SKANDIA, en dos oportunidades con PORVENIR, y su vinculación primigenia fue en la AFP PROTECCIÓN S.A.

En relación con la orden de trasladar a Colpensiones de manera indexada los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y los aportes de fondo de garantía de pensión mínima; señaló que son características propias del RAIS la causación de rendimientos financieros que generan intereses que compensan la indexación. Que los gastos de administración están encaminados a obtener rendimientos financieros y que las primas de seguros están enfocados a cubrir contingencias futuras de invalidez y muerte.

De otro lado y respecto de la práctica de las pruebas, cuestionó el recurrente el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, quien a su juicio fue renuente en contestar las preguntas y básicamente el actor se limitó a expresar que no recuerda su vinculación con las administradoras de pensiones, concluyendo el apelante que el actor quiso permanecer vinculado en el RAIS y que lo motiva un interés económico en su mesada pensional.

APELACIÓN DE SKANDIA S.A.

El apoderado judicial de la AFP, objeta parcialmente la sentencia, esencialmente la orden de indexación de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, aduciendo que la AFP, cumplió su obligación de administrar la cuenta de ahorro individual del demandante de manera diligente, motivo por el cual se le generaron unos rendimientos financieros adicionales que aumentan su capital de la cuenta de ahorro individual. En cuanto a los seguros previsionales, dijo que son dineros que fueron descontados a raíz del negocio jurídico que se realizó para la cobertura de invalidez y sobreviviente, y si bien es cierto el actor no sufrió ningún siniestro, no se puede desconocer que se cumplió el objeto para el cual ha estado amparado el demandante.

Finalmente expuso que, si en gracia de discusión se confirma la orden de trasladar dichos conceptos, no se ordene la indexación de los mismos, pues ha existido pronunciamientos del Tribunal, en la cual se establece que no es posible ordenar el traslado de manera indexada, en razón a que dicha actualización monetaria no se presentó con la demanda o contestación, y que por tanto, ello no fue materia de debate probatorio, teniendo en cuenta que la prestación entraña una obligación de hacer y no de dar, y por tanto, no es procedente su reconocimiento de manera oficiosa.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado de la **parte demandante** al presentar su escrito de alegatos de conclusión, solicitó que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, ésta sea adicionada en el sentido de condenar en Costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes, en la tasa máxima permitida según el acuerdo PSAA16-10554 en sus artículos 5 y 2, en razón del desgaste desmesurado del aparato judicial por parte de los demandados, afectando así los principios de celeridad, economía y eficacia procesal, los cuales buscan garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, sin dilaciones y demoras injustificadas.

A la doctora KAREN SOFÍA SÁNCHEZ GONZÁLEZ, portadora de la T.P. 383.959 del C. S. de la J., S obrando como abogada inscrita en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien obra como apoderada y representante legal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se le reconoce personería para representar a la entidad demandada.

En la oportunidad legal, la apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, pidió que se revoque íntegramente la sentencia, destacando tres puntos puntuales: 1) Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2) La condena a reintegrar a Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; sobre estos tres últimos rubros, en caso de que no lo haya y 3) La condena en costas, aduciendo que la entidad obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante.

Finalmente el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, solicitó que el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado de la AFP PROTECCIÓN S.A., de la AFP PORVENIR S.A., y de la AFP SKANDIA S.A., en sus recursos de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de

las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON, inicialmente se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1978, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., en el año 1994, luego se

trasladó a la AFP PORVENIR S.A., y posteriormente se trasladó a la AFP SKANDIA S.A. en el año 2009, entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Ahora, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula la situación, comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado.

Por lo demás, es preciso indicar que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron en la sustentación de la alzada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. en su interés de que se revoque la ineficacia, puesto que inicialmente el demandante estuvo vinculado a Protección, luego a Porvenir y seguidamente en la AFP Skandia, cabe resaltar que, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1055 de 2022: *“no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas”*. Se agrega además en la referida sentencia que: *“esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, **el del traslado inicial**”*

En el caso de marras, si bien se corrobora que el demandante ha tenido *posteriores* traslados entre administradoras, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley el afiliado estaba obligado a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este caso en concreto la AFP no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

En lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR respecto a la renuencia del demandante en el interrogatorio de parte, y a que en el trámite del proceso quedó probado que al actor la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. Por lo demás, lo dicho por el actor en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud del actor se hace sólo por las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los

contornos del buen consejo, al momento de la afiliación o traslado de régimen, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de ese acto jurídico.

En consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP, quien tampoco acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al actor un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

Así las cosas, esta sala recalca la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante, aspecto que es cuestionado por tanto por el apoderado de la AFP PROTECCIÓN S.A., como por los apoderados de PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A, en su recurso de alzada.

Los apoderados judicial recurrentes solicitaron que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales, dada en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, teniendo en cuenta que han administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual del asegurado, disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa

generación de rendimientos financieros, por lo que concluyen que cada una de las AFP, tienen derecho a conservar la comisión de administración. Se resaltó que las AFP pagaron en su momento las primas previsionales a las respectivas aseguradoras, generando cobertura en favor del demandante frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que dichas entidades estarían imposibilitadas para recobrar las sumas, agregando que para este caso aplica el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta que las cuotas de administración, y los seguros previsionales no forman parte del capital para financiar la prestación económica de vejez que pueda pretender el demandante.

Esta Sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por el A quo, por cuanto su orden se justifica en aplicación de la jurisprudencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, que ha estimado que los efectos de la ineficacia deben tener un efecto integral sobre el valor de las cotizaciones y aportes.

En efecto, las órdenes dadas por el juez de primer grado se justifican desde el punto de vista que, a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación del asegurado y para todos los efectos legales lo tenga afiliado al fondo público sin solución de continuidad.

Ahora, si bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar los gastos de administración y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen legítima que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que el actor haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., o AFP SKANDIA S.A, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PROTECCIÓN S.A.,

PORVENIR S.A., o AFP SKANDIA S.A, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”*.

En punto a estimar que la orden de trasladar las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales, y los aportes de garantías de pensión mínima; sería prescriptible por no hacer parte de las sumas que están destinadas a financiar la pensión de vejez del asegurado, esta Sala no accederá a declarar la afectación por prescripción de dichas obligaciones, como quiera que es solo en esta sentencia que se está dando la orden y con respecto a las mismas no ha transcurrido el término trienal extintivo de ley.

Ahora, no debe privarse al demandante de la generación de rendimientos financieros en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, teniendo en cuenta que dichos rendimientos ya hacen parte del demandante y fueron rubros que se generaron incluso a partir de la administración de los recursos del propio demandante. Aunado a ello, el fondo privado no puede sacar provecho de sus propias omisiones, y afectar al actor en sus rendimientos financieros.

En punto de que al demandante se le brindó la respectiva cobertura frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, esta sala aplica los anteriores argumentos para destacar que la decisión que se está adoptando no afecta el hecho de la buena fe de las aseguradoras, como quiera que las órdenes que se están dando no se hacen extensivas a ellas, por lo que resulta irrelevante que haya percibido el actor la respectiva cobertura, ya que se trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que los fondos privados asuman las consecuencias económicas de sus omisiones, de sus propios patrimonios.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: **“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de**

garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)

De otro lado, y respecto al reproche de los apoderados recurrentes de la las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A, en el que solicitan que se revoque la orden de indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y los aportes de fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto, a su juicio con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa con la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haber generado los emolumentos a retornar; y particularmente el apoderado de la AFP SKANDIA reprocha dicha orden, aduciendo que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio, razón por la cual a su juicio no debió declararse de manera oficiosa; delantamente esta sala advierte que no son procedentes dichos argumentos.

En relación a la indexación, este colegiado acoge la medida de actualización monetaria reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Así las cosas, no cabe dudas, que las implicaciones de la ineficacia, llevan consigo ordenar retornar tanto los rendimientos, como la indexación, tal y como se dispuso en reciente sentencia de la CSJ SL 584 de 2022:

*“Segundo: Condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta individual de la demandante, **junto con sus rendimientos financieros**.*

*Tercero: Condenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala advierte que la orden dada por el A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el numeral 2º de la

parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

En último lugar, debe precisarse que la solicitud planteada por el apoderado de la AFP PORVENIR en los alegatos de conclusión, en el sentido de que se exonere a su representada de la condena al pago de las costas procesales en primera instancia, no hace parte del objeto de la apelación pues nada se dijo al respecto al momento de interponerse y sustentarse el recurso en primera instancia.

Corolario de lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de las **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada, y en favor del demandante **GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, que pagaran cada una de las AFP al demandante.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, de conformidad a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a las **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor del señor **GUSTAVO ADOLFO ZAPATA CALDERON**, que pagaran cada una de las AFP al demandante, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA