

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ROGER ANTONIO PARRA MACEA
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR S.A. – PROTECCION S.A.
RADICADO	05001-31-05-021-2020-00229-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Medellín, diecinueve (19) de abril 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 **ROGER ANTONIO PARRA MACEA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 015**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 02 de febrero de 2023; 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, nació el 03 de febrero de 1960, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, (sin indicar el año), posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Santander hoy AFP PROTECCION S.A. en el año 2001, y seguidamente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en el año 2003, entidad en donde se encuentra afiliado actualmente.

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 dichas administradoras.

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, 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 Descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 12 del expediente digital, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RECONOCER UNA PENSION DE VEJEZ, CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN - SEGUROS PREVISIONALES - COMISIONES. VALORES INDEXADOS, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN”*

En relación con las demandadas PORVENIR SA y PROTECCION SA, en auto del 20 de mayo de 2022 (PDF 16), el despacho determinó que, pese a surtirse en debida forma su notificación, las entidades no contestaron la demanda.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 02 de febrero de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante **ROGER ANTONIO PARRA MACEA** del RPMPD al RAIS, y declaró la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD.

Se ordenó a la **AFP PORVENIR** trasladar a COLPENSIONES, y a esta a recibir los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima. También se ordenó a dicha AFP, a trasladar ante COLPENSIONES las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que éste estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

Condenó a la AFP PORVENIR en costas procesales y se abstuvo de condenar a COLPENSIONES.

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.

Aseguró el juez de primer grado que únicamente ordena a la AFP PORVENIR, a trasladar a Colpensiones de su propio peculio, los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo de permanencia en el que estuvo el actor en el RAIS, por haber sido el primer fondo privado en el que se afilió, y, por consiguiente, exoneró de esta carga, a la AFP PROTECCIÓN.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el abogado de PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de la AFP plantea recurso de apelación frente a la sentencia de primer grado de manera total.

Expresó el apelante que la afiliación inicial del actor, como su traslado posterior al RAIS, fue completamente valida y estuvo precedida de una asesoría, clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria. Asimismo, en el presente caso, no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, al contrario, el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características, condiciones, y respecto de este punto destacó, que el actor tomó la decisión voluntaria de trasladarse a otra administradora, lo que, a su juicio, es prueba suficiente que el actor quiso permanecer en dicho régimen pensional.

Agregó que existe línea jurisprudencial entorno a la ineficacia del régimen pensional por falta al deber de información, sin embargo, la misma solo resulta aplicable atendiendo de los supuestos facticos, y que, en este caso, no se cumplen, como quiera que el demandante se afilió de manera libre, valida e informada al RAIS, cumpliendo la AFP con las cargas que para ese momento se requerían, asegurando entonces que, las cargas por las que hoy se reprocha a la AFP, fueron impuestas posteriormente, las declaraciones y condenas desconocen el principio de retroactividad y seguridad jurídica.

Adujo que el demandante contó con la posibilidad legal para trasladarse faltándole 10 años y tampoco ejerció el derecho de retracto y para la afiliación no existía la obligación de informar por escrito, los beneficios puntuales que cada régimen ofrecía sobre el monto de la pensión, así como tampoco se puede exigir a los fondos privados, el deber de asesoría y buen consejo, pues las normas se expidieron hasta el año 2010 y posteriormente.

Expuso el recurrente que en todo caso, la única motivación que se deriva de la ineficacia del traslado, es en relación con el monto de la mesada pensional, factor que por sí solo, no es suficiente para declarar probada la falta del deber información y, segundo no es suficiente para ser considerado como un elemento que dice la voluntad del actor, en tanto que las prestaciones que se reconocen

en uno u otro régimen no son comparables, máxime, si se tiene en cuenta que la manera de financiar cada una, son sustancialmente distintas.

Comentó que la parte demandante no aportó prueba alguna, en donde se tenga sustento de que la AFP PORVENIR, incumplió el deber de información.

De otro lado, reprochó la orden de trasladar las sumas correspondientes a las cuotas de administración, las cuales a su juicio tienen un mandato legal, y por tanto, una destinación específica, que se encuentra contenida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, donde se destina un porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima, y otro porcentaje a financiar los gastos o comisiones de reaseguro, de Fogafin, y además, las primas de seguros de invalidez y sobreviviente, concluyendo entonces, que no deben ser trasladados estos conceptos, ya que durante el periodo de afiliación, la AFP ha cumplido con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte y fueron debidamente invertidas en la forma que exige la ley, y, en tal sentido, la Superfinanciera de Colombia, ha manifestado que lo procedente sería que se respeten las restituciones mutuas que se hayan realizado, y que no se ordene el traslado de las primas de seguro, ni la devolución de las cuotas de administración, que han sido utilizadas para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual del afiliado y que corresponde al trabajo y administración de la AFP.

Sostuvo que no se puede desconocer que la AFP a través de la cuenta de ahorro individual del demandante, ha generado unos rendimientos ostensiblemente aumentados, y ordenar su traslado, conlleva a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, que se termina beneficiando, por una administración que no hizo.

Dijo que no comparte la decisión del juez de la primera instancia que ordenó trasladar a la AFP PORVENIR, de su propio peculio, los gastos de administración, durante todo el tiempo de permanencia del accionante en el RAIS, incluyendo los generados por otra AFP, como lo es PROTECCIÓN, dado que ello no tiene ningún sustento jurisprudencial o alguna fuente de derecho que lo ordene, y a su vez, no se tiene prueba que la AFP PROTECCIÓN, haya realizado el traslado de los gastos de administración a la AFP PORVENIR.

Finalmente pidió que se revoque la condena en costas procesales, aduciendo que ha actuado conforme a la buena fe objetiva y que, además, no se condene a la indexación.

Alegatos de conclusión:

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR** por su parte, reiteró el sustento de cada uno de los reparos materia de apelación, los cuales son en concreto los siguientes: 1. Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2. La condena a reintegrar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional descontadas de los aportes realizados en favor del demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP. 3. La condena en costas.

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 judicial de la AFP PORVENIR, en su recurso 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 PORVENIR y PROTECCIÓN, alcanzaron 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 ROGER ANTONIO PARRA MACEA, inicialmente se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1992 (PDF 17), posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 1996 (PDF 02 folio 79), luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN en el año 2001 (PDF 02 folio 77) y finalmente retornó a la AFP PORVENIR a finales del año 2001 (PDF 02 folio 79) entidad en donde se encuentra actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, 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 (PROTECCION y PORVENIR) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al actor, con suficiencia en su proceso de traslado, en el momento en que fue atendido para afiliarlo.

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”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró el A quo.

El apoderado judicial de PORVENIR, insistió en el vigor de la afiliación del demandante, señalando que la misma se dio de manera libre y voluntaria, haciendo referencia al hecho de que la firma del formulario constituye una razón suficiente para dar cuenta de la validez del acto de afiliación.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

Ahora bien, el apoderado judicial de PORVENIR, argumenta en su recurso de alzada que la AFP demandada, cumplió con los requisitos de fondo y forma que se exigían para el momento en que se produjo el traslado, es decir, con el deber de información y buen consejo.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además 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.

Bajo este entendimiento, no le asiste razón al apoderado apelante. Es preciso recordar que el deber de información, asesoría y acompañamiento es de mayor entidad y comprende un proceso real en el que el asegurado tenga la posibilidad de escuchar con el suficiente detalle todas las variables que representaría un cambio de régimen pensional, pues no es adecuado limitarse a la suscripción del formulario, pues se itera, que el deber de información a cargo de la AFP, emana de una responsabilidad de carácter profesional que le impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado.

Ahora y en cuanto al disenso expuesto por el recurrente, concerniente a que el actor hizo traslados internos entre los fondos privados y de ello deriva que éste quiso permanecer en el RAIS; al respecto debe precisarse que si bien se corrobora que el demandante viene realizando unos aportes que por ley el afiliado estaba obligado a cumplir, ello no se traduce necesariamente en que el actor hubiese tenido la intención de permanecer en el RAIS, pues en este caso en concreto, las AFP demandadas, no lograron demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

El otro punto de desacuerdo, que destaca el apoderado de la AFP PORVENIR, es el articulado a que era la parte actora quien tenía la carga probatoria. Al respecto se subraya la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 4680-2020, que entorno a este aspecto dijo: *“la inversión de la carga de la prueba en estos eventos opera en favor de los afiliados, al comparar que dentro de la relación, los mismos se constituyen en la parte débil del vínculo contractual.”*

De otro lado, aduce el togado recurrente que el demandante no hizo uso del derecho de retracto, con el fin de derruir la ineficacia declarada, sin embargo, esta sala resalta que el actor no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; pues el objeto del litigio se orienta a determinar si existió por parte de las AFP demandadas, incumplimiento del deber de información al momento del traslado. Luego, lo que le correspondía a las AFP demandadas, era demostrar que al demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse.

Respecto al argumento que el asegurado tuvo la oportunidad de retorno y no lo hizo, para este Colegiado resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación

del demandante al RAIS, el actor queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse a la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Por otra parte y respecto al señalamiento del apoderado judicial de PORVENIR en razón a que en el trámite del proceso quedó probado que el 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, tampoco se demostró en el plenario que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento al actor, 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 consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP demandadas.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz, 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. A su vez, este tema constituye punto de disenso en la apelación de la AFP PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. pide que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales, al considerar que ha 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, y generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, de lo que concluye que la AFP PORVENIR S.A. tiene derecho a conservar la comisión de administración como una restitución mutua. Enfatizó que la AFP ha garantizado al actor, los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

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.

Las órdenes dadas por el juez de primer grado se justifican, desde el punto de vista de 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 PROTECCION o PORVENIR, 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 PORVENIR o PROTECCION, 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...”.

Tampoco le asiste razón al apoderado judicial de PORVENIR S.A. en el sentido que la orden de devolución y traslado de los descuentos esté generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, ya que, precisamente los referidos descuentos existan en ambos regímenes, lo que se constituye en una razón de peso para que se entienda que la administradora del régimen de prima media con prestación definida no pueda perder la posibilidad de hacer dichos descuentos.

Ahora bien y 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.

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 en los **numerales segundo y tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia no es consecuente con lo establecido con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación La boral, sobre el tema , como quiera que, como bien lo alega el apoderado apelante, el A quo únicamente ordenó a la AFP PORVENIR, a trasladar a Colpensiones, los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, **durante todo el tiempo de permanencia** del actor en el RAIS, aduciendo que dicha AFP fue su primer fondo privado de pensiones, y por consiguiente, exoneró de esta carga, a la AFP PROTECCIÓN, en la cual también estuvo afiliado el actor.

Pues bien, y en punto de las implicaciones prácticas de la ineficacia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica en determinar los conceptos que las AFP, deben retornar a Colpensiones, y en particular en la sentencia SL 2379 de 2022, en proceso de ineficacia en la cual intervinieron varias AFP, dispuso:

“PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero del fallo proferido el 21 de agosto de 2018 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de María Silvia Bohórquez Fernández a Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A.; y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del juez de primer grado, el cual quedará así:

*SEGUNDO: Ordenar a **Porvenir S.A.** a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar. Asimismo, los **gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, a partir del 31 de agosto de 2001, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.*

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

*TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primer grado, para ORDENAR a **Protección S.A.** a trasladar a Colpensiones **los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del tiempo** en que la actora estuvo afiliada a dicha entidad, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Con base en lo anterior, y atendiendo a los efectos de la declaratoria de ineficacia, lo cual implica privar de todo efecto práctico el traslado del régimen pensional que hizo el actor en el RAIS, bajo la ficción jurídica de que el actor siempre estuvo afiliado en el régimen de prima media, es que resulta procedente que cada AFP en la que estuvo vinculada el actor, traslade los conceptos a que ha hecho referencia la CSJ, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada uno de los fondos privados.

En razón de lo anterior, esta sala dispondrá **MODIFICARÁ parcialmente** el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de indicar que la **AFP PORVENIR**, traslade a COLPENSIONES, las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha entidad, con cargo a su propio peculio.

Igualmente se **ADICIONARÁ** ese mismo numeral, a fin de **ORDENAR** que la **AFP PROTECCION** traslade a COLPENSIONES, los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha entidad, con cargo a su propio peculio.

También se omitió en los **numerales segundo y tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en acogimiento del precedente jurisprudencial vigente y pacífico en el órgano de cierre, **ordenar la indexación a**

cargo de las **AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**, sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, por lo que se **ADICIONARÁ** los **numeral segundo y tercero** de la sentencia de primer grado en tal sentido, toda vez que COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas por estos conceptos, teniendo en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

La otra controversia del apoderado de la AFP PORVENIR, es en relación a la orden de indexación, pues a su juicio se estaría generando una doble condena.

En torno a este cuestionamiento, la sala precisa que COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas los conceptos que se ordenan trasladar. A lo anterior se agrega que la medida de actualización monetaria ha sido reiterada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

A su vez, se **ADICIONARÁ** esos mismos numerales, a fin de ordenar que dicho traslado se lleve a cabo por las **AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y que, tales entidades remitan a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, 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.

En último lugar, debe desestimarse la divergencia del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, cuando solicita que se revoque la condena en costas procesales que le fue impuesta por el A quo, al considerar que la entidad no ha obrado de mala fe.

Para la sala la condena en costas impuesta a la AFP, en primera instancia es completamente justificada, ello por cuanto, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se determina que: “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, situación que en efecto ocurrió en este caso.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia no se han causado costas procesales, por haber prosperado parcialmente la apelación presentada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR.

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: MODIFICAR el numeral **tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de indicar que la **AFP PORVENIR**, traslade a COLPENSIONES, las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha entidad, con cargo a su propio peculio.

SEGUNDO: ADICIONAR ese mismo numeral a fin de **ORDENAR** que la **AFP PROTECCION** trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha entidad, con cargo a su propio peculio.

TERCERO: ADICIONAR los numerales **segundo y tercero** a fin de **ORDENAR** que las **AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**, trasladen a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los conceptos ordenados, **incluyendo la indexación** de las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima y remitir a COLPENSIONES, al momento de cumplirse la orden impartida, 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, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

QUINTO: ABSTENERSE de imponer costas procesales de segunda instancia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

SÉPTIMO: 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