

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO
DEMANDADOS	COLPENSIONES- COLFONDOS S.A.
RADICADO	05001-31-05-003-2020-00111-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Modifica, Revoca y confirma.

Medellín, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y la **AFP COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 024**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación, interpuestos por la parte demandante, por la AFP COLFONDOS y por COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en

la audiencia pública celebrada el día 11 de mayo 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 actor GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO, nació el 10 de septiembre de 1963, y que ha efectuado cotizaciones para el sistema general de pensiones al Instituto de Seguros Sociales, desde el año 1982, y luego decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994, donde permanece 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 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 la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP 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 accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES descorrió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF 05 incorporado al expediente digital. A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; y propuso las excepciones perentorias que denominó: *"FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS, INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DESARROLLADO EN EL ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005"*

Por su parte la AFP COLFONDOS S.A., a través de la contestación allegada (PDF 6 del expediente digital), negó los hechos de la demanda, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 11 de mayo de 2023, el Juez de conocimiento, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que la demanda AFP. COLFONDOS S.A., y no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor del señor GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO identificado C.C. N°70.516.344, cuando éste se trasladó a dicha Administradora de Fondos de Pensiones en el año 1994, ni tampoco demostraron que a lo largo de la afiliación de GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO a dicha entidad, estas le dieran información clara, veraz y oportuna que le mostrara a éste las circunstancias que le hicieran más favorable permanecer en el RAIS antes que en el RPM. **SEGUNDO:** DECLARAR que la AFP. COLFONDOS S.A. causó grave menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO. **TERCERO:** DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP. COLFONDOS S.A. en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones del demandante GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO. **CUARTO:** DECLARAR la inaplicación constitucional (art.4 y 53 Constitución Política y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPMPD acaecido en cabeza de GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO causado por la AFP. COLFONDOS S.A. De acuerdo con la inaplicación constitucional aquí declarada, también se DECLARA que el demandante GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP. COLFONDOS S.A. **QUINTO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin

perjuicio de las órdenes que se le darán enseguida. **SEXTO:** Consecuencial a las anteriores declaraciones, ORDENAR a la AFP. COLFONDOS S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que el demandante solicite por escrito la pensión de vejez, una vez éste reúna los requisitos para tener derecho a ella, le reconozca, liquide y pague dicha pensión, bajo el RPMPD. El señor GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO dentro de la carta en que solicite la pensión de vejez, deberá incluir certificado de retiro laboral. **SEPTIMO:** ORDENAR a la AFP. COLFONDOS S.A. que, dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPMD en favor del demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Aquí mismo se ORDENA a COLPENSIONES que dentro de los (dos meses) siguientes a la fecha en que la AFP. COLFONDOS S.A. lo solicite por escrito, elabore dicho cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional y en ese mismo lapso, dos meses, COLPENSIONES deberá presentar dicho cálculo actuarial pensional a la AFP. COLFONDOS S.A. A su vez esta última entidad, AFP. COLFONDOS S.A., dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de manos de COLPENSIONES, proceda a su pago real y efectivo a dicha entidad (COLPENSIONES). **OCTAVO:** ORDENAR a la AFP. COLFONDOS S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligada a pagar a GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO, COLPENSIONES subrogará a AFP PORVENIR S.A. en tal obligación a partir del momento y hora en que esta última entidad pague a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial pensional. **NOVENO:** AUTORIZAR a la AFP. COLFONDOS S.A. a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para sí, para AFP. COLFONDOS S.A., los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este. **DECIMO:** No prosperan las excepciones propuestas por las demandadas. **DÉCIMO PRIMERO:** Costas procesales a cargo de la AFP. COLFONDOS S.A. agencias en derecho en la suma de \$ 4.640.000.

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

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por todas las partes, esto es, por la parte demandante, por la AFP COLFONDOS y por COLPENSIONES.

Apelación de la parte demandante: sostuvo el apelante que no se comparte la declaratoria y condena proferida por el juez de instancia, las cuales no solo se apartan de las pretensiones de la demanda, sino que también, el sentenciador aplica unas consecuencias distintas a las que ordena la CSJ y las acogidas por este Tribunal Superior de Medellín, en materia de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Indicó a su vez, que, en el presente caso, la AFP demandada no demostró haberle brindado al demandante información completa e idónea para el momento en que éste realizó el traslado de régimen pensional, carga procesal que recae a cargo de la AFP, y que ésta no cumplió, pues la misma no se supera con la suscripción de un formato o formulario de afiliación.

Apelación AFP COLFONDOS: Expuso la apelante que el fallo de primera instancia no es consonante, ni acorde con las pretensiones de la demanda y vulnera de manera directa el debido proceso y el derecho a la defensa, teniendo en cuenta que las pretensiones están dirigidas exclusivamente a la declaratoria de la ineficacia del régimen pensional, al cual se le debió aplicar la línea jurisprudencial de la CSJ en relación con estos asuntos.

Dijo además, que el apoderado de la parte demandante no reformó la demanda, en el sentido de que la AFP le pague al demandante la pensión de vejez, bajo el RPM y tampoco el demandante solicitó que se le realice una conmutación pensional entre Colpensiones y la AFP, sin embargo, el sentenciador modificó las pretensiones de la demanda, haciendo uso de las facultades ultra y extrapetita, no obstante, dichas facultades deben tener una congruencia, y respetar el principio de contradicción y defensa de las partes vinculadas en el proceso.

Y añadió que, si bien el A quo, expresamente manifestó que se aparta de la línea jurisprudencial de la CSJ en temas de ineficacia, no es admisible que se vulneren los derechos a la AFP, en el entendido de que no se le garantizó ejercer en debida forma la defensa, y se le imputa además un perjuicio que va dirigido a reconocer una mesada pensional, pero bajo los preceptos del régimen de prima media, lo cual no es dable, pues si se trata de algún perjuicio, el mismo debió haberse demostrado por el interesado mediante los medios judiciales idóneos.

De otro lado pidió que en el evento de declararse la ineficacia y aplicarse las consecuencias propias dispuesta por la CSJ, no se ordene el retorno de los gastos de administración y los seguros previsionales, por cuanto los mismos ya fueron utilizados para el beneficio del demandante. En relación con los gastos de administración, fueron empleados para que la AFP administrara la cuenta de ahorro individual del demandante y además, se le garantizó unos rendimientos

financieros que devienen establecidos desde la ley 100 de 1993 y por la Superintendencia Financiera de Colombia, y respecto de los seguros previsionales, no es un concepto que administre la AFP, sino que los mismos están dispuestos para cubrir el riesgo de invalidez y sobrevivencia mediante póliza de aseguramiento con un tercero de buena fe, y que si bien es cierto no se sufrió ningún siniestro, no obstante, la AFP cumplió con el amparo.

Apelación COLPENSIONES: imploró el apoderado apelante, que se dé aplicación a la jurisprudencia de la CSJ, en los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, y que, en consecuencia, se ordene a la AFP demandada, devolver todos los aportes de la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con las cuotas de administración, debidamente indexadas.

Alegatos de Conclusión:

El **apoderado judicial de la AFP COLFONDOS**, en la oportunidad de ley, reiteró que se le aplique al caso de marras, las implicaciones prácticas de la ineficacia, dispuestas reiteradamente por la línea jurisprudencial de la CSJ.

Insistió a su vez que, no se ordene a la AFP, retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los gastos de administración y las primas de seguros previsionales.

Dijo que, no es posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegaren a ordenarse a devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, porque los rendimientos generados por la AFP, son superiores a los que hubiera podido generar el afiliado, de estar vinculado en el ISS o Colpensiones, quedó más que compensado este concepto, además que dicho rubro, no fue objeto de petición, en la demanda, ni incluido en la fijación de litigio; por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso. Para sustentar este petitum el apoderado judicial apeló a varias sentencias proferida por este Tribunal.

Por su parte, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, expresó que de la relación que surgió entre la AFP COLFONDOS S.A y el demandante, la

Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, es un tercero de buena fe, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible; a la par que, la figura de la inoponibilidad, constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Expuso asimismo que, aunque el juzgador de primera instancia, señala que absuelve a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de las pretensiones del actor; es ésta quien en últimas asume las consecuencias de dicha declaratoria, pues debe asumir la carga de que se declare que el demandante continúa inmerso en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se solicitó, tener en cuenta que el retorno en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, faltando menos de 10 años para la edad de pensión, debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera.

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 las partes apelantes, esto es, por la parte

demandante, por la AFP COLFONDOS y por COLPENSIONES; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a COLPENSIONES relacionada con la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional y el derecho pensional del actor al retorno a prima media, 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 de establecer si el traslado del RPM al RAIS que realizó el demandante, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el 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 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 subrayar, 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 el 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 (SL2611-2020 y SL5525 -2021) y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión, como equivocadamente lo plantea la AFP accionada.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el 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, como ocurrió en el presente caso, 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 plenario, se advierte que el señor GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO, se vinculó al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el año 1982 (PDF 08 folio

1), y luego se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. desde el año 1994 (PDF 1 folio 25), fondo donde permanece afiliado en la actualidad.

Se tiene que, de las argumentaciones esbozadas por el A quo en la sentencia de primera instancia, las referidas a la ineficacia y a las obligaciones profesionales que recaen en cabeza de la administradora de pensiones, son acertadas.

En efecto, es bien sabido, que el simple hecho de la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados en sus obligaciones profesionales de asesoría (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); que, para la época del traslado del demandante, tal y como se refirió en precedencia, es evidente que eran exigibles estas obligaciones de asesoría, siendo preciso concluir que el acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS , no produjo los efectos jurídicos pertinentes.

Se resalta que la ineficacia se erige en una sanción de pleno derecho, que se atribuye a la falta de cumplimiento de las obligaciones profesionales de las administradoras del régimen privado, al no haber suministrado la información y asesoría pertinentes, en la oportunidad procedente, y no en otra posterior. Obligaciones que han existido desde que se promulgó la Ley 100 de 1993.

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.

Ahora bien, esta sala resalta que les asiste razón a todos los apoderados judiciales apelantes, en su reproche frente a la sentencia de primera instancia, a través de la cual se implora que, en caso de que se confirme la declarada ineficacia, se le dé el alcance que en todos los casos tienen, conforme a la jurisprudencia nacional, y no la inapropiada forma jurídica que concluyó la sentencia de primera instancia, al haber ordenado un cálculo actuarial que según los apelantes, contraria a la Ley 100 de 1993, pues se ordena que una administradora del RAIS reconozca y pague la pensión de vejez bajo unas reglas completamente ajenas y atípicas como las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Esta sala acoge los reparos de los recurrentes frente a la sentencia en este aspecto, pues se advierte un desbordamiento a la línea jurisprudencial sobre el tema en que incurrió el A quo, que más que corresponder al sostenimiento de una postura con la suficiente carga argumentativa, constituye una suerte de escenario en el que se lleva a extremo el principio de responsabilidad jurídica y presenta ciertos inconvenientes en la práctica, de cara al funcionamiento legal que cada uno de los dos regímenes pensionales excluyentes que creó el legislador a través de la Ley 100 de 1993, al pretender imponer a una administradora del régimen de ahorro individual (AFP COLFONDOS S.A.) un reconocimiento pensional bajo las reglas del régimen de prima media con prestación definida, ordenando de por medio la liquidación de un cálculo actuarial completamente impropio para estos casos¹.

La solución que el juez de primera instancia dio al caso no resulta consecuente con la figura de la ineficacia, en tanto es evidente que la misma trae como consecuencia la ausencia de la existencia del acto de afiliación, y nunca el que se pueda llegar a entender que una administradora del RAIS frente a la cual existió ineficacia en el acto de afiliación, pueda llegar a ser la pagadora de la pensión bajo una dinámica financiera completamente ajena al régimen.

Así las cosas, sin que exista duda en cuanto a que hay unas obligaciones de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP que se erigen en inexorables en el despliegue de su actividad, creadas desde la misma concepción de los dos

¹ El tema de la subrogación pensional, al tenor de lo establecido en las sentencias de casación SL 16.838 de 2016, SL 4.103 de 2017 y SL 4.934 de 2017, entre otras, se refiere a aquellos casos de empleadores que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones de conformidad al artículo 260 del CST., y que con motivo de la derogatoria de dicha disposición por virtud del artículo 289 de la Ley 100 de 1993, se subgaron en COLPENSIONES para el reconocimiento a cargo de esta entidad de las pensiones correspondientes.

regímenes pensionales, y no a partir de recientes normas, cuando las mismas no se cumplen, se genera la consecuencia jurídica de la ineficacia, como una sanción propia en materia del trabajo y de la seguridad social, este colegiado revocará la orden de pagar cálculo actuarial con fines de subrogación, por ser una solución jurídica totalmente injustificada y que contraría la fuente legal con base a la que cada régimen pensional funciona de manera independiente y con fundamento en sus propias normas y reglas jurídicas.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** el numeral 1º, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto, declaró que la AFP COLFONDOS, faltó a su deber legal de asesoría en el traslado de régimen del demandante.

Ahora, y pese a que el juez de la primera instancia, declaró la ineficacia del traslado del demandante, dispuso en el **numeral cuarto** de la resolutive que el demandante sigue inmerso en el régimen de prima media con prestación definida, pero a cargo de COLFONDOS.

Con base en lo anterior, se **MODIFICARÁ** el **numeral cuarto** de la sentencia en el sentido de declarar que como la AFP COLFONDOS, desatendió su deber objetivo de información en materia pensional, y esto derivó en la ineficacia del traslado del señor **GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por tanto el demandante siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Asimismo, serán **REVOCADOS** los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que la AFP COLFONDOS causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP COLFONDOS, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP COLFONDOS S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez al demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES; **para**

en su lugar, ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., que traslade a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria, el capital y los rendimientos financieros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del asegurado, incluyendo las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, que hayan sido descontados de los aportes realizados por el demandante, durante su permanencia en dicha administradora de fondos de pensiones, **indexando** estos tres últimos conceptos, al momento de su traslado a COLPENSIONES.

También, se ordenará a la AFP COLFONDOS que, al momento de cumplir la orden impartida, deberá 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.

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...”*.

Así, es claro entonces que, al regresar las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que el actor suscribiera el traslado de régimen pensional, deben girarse todos los conceptos cobrados por las administradoras del régimen privado, **debidamente indexadas**, incluso completando dichas sumas y su actualización de su propio patrimonio, teniendo en cuenta que se trata de dineros que pertenecen a la cotización del asegurado, y que esta no dio lugar a la ineficacia.

La jurisprudencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, ha estimado que los efectos de la ineficacia deben tener un efecto integral sobre el valor de las cotizaciones y aportes y que, además, 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.

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.

Desde luego, 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 COLFONDOS, 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 COLFONDOS, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

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.

Esta sala también advierte que es procedente el traslado de **las primas de seguros previsionales**, y resulta irrelevante que el actor haya percibido 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)

Por otra parte, esta Sala, destaca que, de acuerdo a la línea jurisprudencia de la CSJ, es procedente la indexación sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes por garantía de pensión mínima, la cual ha de realizarse conforme a la fórmula establecida por la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020), así:

Indexación es igual a:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \times \text{VALOR A INDEXAR} - \text{VALOR A INDEXAR}$$

La medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, constituyendo éste un precedente vertical, que acoge esta colegiatura.

De esta manera, la decisión se acompasa con el efecto consecuencial de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los contornos dispuestos por la jurisprudencia de la CSJ, la cual es que, todas las cosas regresen a su estado anterior al traslado de régimen pensional, quedando así implícitamente resueltas la suplicas de todos los recurrentes.

Finalmente, en esta instancia, no se han causado costas procesales, por haber prosperado la apelación presentada por el apoderado judicial de la parte demandante, de la AFP COLFONDOS S.A. (parcialmente) y de COLPENSIONES.

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 4º, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que se conoce en apelación y consulta, de fecha y procedencia conocidas, a efectos de DECLARAR que el actor **GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO**, siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que la AFP COLFONDOS S.A causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP COLFONDOS, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP COLFONDOS S.A., la obligación de reconocer la pensión de vejez al demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES; para en su lugar, **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, que proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los conceptos que, a lo largo de la permanencia del asegurado **GUSTAVO ADOLFO TEJADA MORENO**, en dicho fondo, bajo el concepto de cotizaciones, sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, incluyendo las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes por garantía de pensión mínima **debidamente indexadas estos tres últimos conceptos**, asumiendo de su propio patrimonio esa actualización, traslado que deberá efectuarse dentro de un plazo no superior a 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva. Al momento de cumplir la orden

impartida, deberá la **AFP COLFONDOS**, 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.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado.

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

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

SEXTO: 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