

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JOFAN EMILIO DIOSA MUÑOZ
DEMANDADOS	PROTECCION- COLFONDOS COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-023-2021-00459-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	confirma

Medellín, veinticinco (25) de septiembre 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 **JOFAN EMILIO DIOSA MUÑOZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 038**, 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 COLFONDOS, contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 11 de julio 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 se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales a partir del año 1992, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, en el año 2006, y luego se trasladó a PROTECCION en el año 2009, entidad en 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 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, y que en consecuencia, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a ésta 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 07 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad del demandante y vinculación del accionante en el año 1992 y; propuso las excepciones perentorias que denominó: “*LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA*

*PEDIR, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, PRESCRIPCION"*

PROTECCION S.A. también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 09 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de fondo que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, 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"*

AFP COLFONDOS S.A. hizo lo propio y describió el traslado de la demanda (PDF 10), negando la totalidad de los hechos y planteando a título de excepciones de mérito las siguientes: *"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 DEL ACTOR 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 julio de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el señor JOFAN EMILIO DIOSA MUÑOZ, del RPM al RAIS.

Condenó a **COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A** a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade con destino a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de JOFAN EMILIO DIOSA MUÑOZ incluido los rendimientos financieros, pero además de ello también trasladen las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados estos **tres últimos rubros**. Así mismo, advirtió a COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A que, al momento de cumplir la orden impartida, remitan 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.

A la par, ordenó a COLPENSIONES- a recibir los aportes que le sean girados por COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A, convertirlos en semanas efectivamente cotizadas por el actor, actualizar su historia laboral y tenerlo por afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

Condenó en costas procesales a las AFP COLFONDOS y PROTECCION y se abstuvo de imponer condena a cargo de 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.

Proferida la sentencia, el apoderado de COLFONDOS solicitó aclaración de la misma, específicamente en relación con el numeral tercero, que ordenó a la AFP trasladar de manera genérica, la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros pertenecientes al afiliado, sin embargo, adujo que tales conceptos ya fueron dejados a disposición de la AFP PROTECCION, considerando que la COLFONDOS, fue el primer fondo de pensiones en donde estuvo vinculado el accionante.

La citada aclaración fue negada por el A quo, argumentando que en el proceso quedó claro que la AFP COLFONDOS fue el primer fondo de pensiones en donde estuvo afiliado el demandante en el RAIS, sin embargo, y para mejor proveer, la entidad también quedó obligada a trasladar otros conceptos, pues en el evento de haberse trasladado la cuenta de ahorro individual, solo estaría obligada a trasladar las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

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

El fallo de primer grado fue apelado por el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS, quien pidió que se revoque la orden que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, considerando que la afiliación del demandante, no estuvo precedida o acompañada de un asesor de la AFP, sino que tuvo lugar, por

una orden de su empleador, razón por la cual ha de aplicarse las consideraciones que al respecto determinó la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, y no las aplicadas en casos de ineficacia por la CSJ.

De otro lado pidió que, en el evento de confirmarse la ineficacia, se revoque la orden correspondiente a los gastos de administración, toda vez que los mismos corresponden al ejercicio legal, según previsión del artículo 20 de la ley 100 de 1993, disposición que fue modificada por el artículo 7 de la ley 797 de 2003. Que los rendimientos financieros y gestión que realizó Colfondos en su momento, correspondieron a un ejercicio acucioso, pues se pretendía acrecentar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Y respecto de los seguros previsionales, dijo que al afiliado se le garantizó las coberturas de invalidez y muerte, y para ello se suscribió póliza de seguro para amparar tales contingencias durante todo el tiempo en que estuvo afiliado al RAIS.

Finalmente, solicitó que se revoque la orden de indexación de las cuotas de administración, los seguros previsionales y los fondos de garantía de pensión mínima, por cuanto con la devolución de los rendimientos, se compensaría el valor a retornar.

#### **Alegatos de Conclusión:**

La apoderada judicial de Colpensiones imploró que, en el evento de confirmarse la ineficacia del traslado, se ordene a las AFP demandadas, que trasladen la totalidad de las cotizaciones, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, se hagan de manera indexada.

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 COLFONDOS, 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 demandadas, 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 demandante se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, a partir del año 1992 (PDF 7 folio 63), posteriormente, se

afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, en el año 2006 (PDF10 folio 17), y luego se trasladó a PROTECCION en el año 2009 (PDF 9 folio 52), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la 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 (COLFONDOS-PROTECCION) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la 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”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por los apoderados judiciales recurrentes, en sus recursos de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo.



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.

Por otra parte, el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS en su recurso de apelación, pidió que no se aplique las consecuencias propias de la ineficacia al caso en concreto, como quiera que el demandante al momento de su traslado al RAIS, no estuvo acompañado de un asesor de la AFP, sino que su vinculación tuvo lugar por orden de su empleador.

Para zanjar la controversia, es importante traer a colación apartes del interrogatorio de parte absuelto por el demandante:

*“Se le pregunta cuales fueron las circunstancias de tiempo modo y lugar de su traslado a COLFONDOS: **contestó:** me encontraba en una empresa y me llamaron para firmar todos los documentos. Mi traslado a Colfondos casi no lo recuerdo. No tuve contacto con asesor de Colfondos. Cuando firmé papeles me dijeron que firmara para empezar a laborar. Me cambie de empleador y por eso se debió mi traslado a Protección. No existió asesor de protección. No le he cuestionado a mi empleador Cementos Argos por la afiliación a las AFP”.*

Pues bien, para esta Sala, valorada la prueba individual y en conjunto, esto es, el formulario de vinculación y el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, se concluye que los mismos no contienen datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información idónea, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones, situación que se convalida con la declaración de la parte actora al absolver el interrogatorio de parte, quien manifestó que para el momento de su traslado, los documentos fueron entregados por su empleador, sin ni siquiera recibir el acompañamiento de un asesor de las AFP demandadas, de lo que se colige que la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP demandadas, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al actor un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

En la CSJ en sentencia SL3871-2021, dispuso:

*“Una lectura tranquila de estos preceptos permite dar cuenta que la prohibición de atentar o menoscabar el derecho de los afiliados de elegir el régimen pensional que mejor se ajuste a sus intereses y expectativas pensionales abarca a «cualquier persona natural o jurídica», incluyendo a las AFP.*

***Lo anterior tiene su razón de ser, puesto que no solo los empleadores pueden coartar el derecho de los trabajadores de seleccionar el régimen pensional que estimen conveniente, también las AFP, ya que son las principales interesadas en captar afiliados y generar lucro por su labor de gestión de los ahorros.***

*Adicionalmente, el juez de segundo grado pasó por alto que la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los **trabajadores** a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto».*

*Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.*

***Así, para la Corte no hay duda que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia. Dicho esto, se concluye que el Tribunal se apartó de la jurisprudencia de esta Sala sin ofrecer argumentos sólidos y persuasivos”***

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del demandante 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 también es cuestionado por el apoderado apelante.

El apoderado de la AFP COLFONDOS manifestó que los gastos de administración, tienen por mandato una destinación específica y que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva

en la cuenta del afiliado. Enfatizaron en que las AFP han 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 la 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 la 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 de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada 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 COLFONDOS o PROTECCION, 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 ni 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...”.*

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.

Tampoco les asiste razón al apelante 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.

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.**

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

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 disenso por la orden de indexación, debe precisarse que la solución acogida por la Alta Jurisprudencia a efectos de conjurar esta problemática, ha sido la indexación de las condenas, tal como se ha indicado en sentencias como, por ejemplo: SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

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 la A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el numeral 3º, de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

Precisa este colegiado que no se modificará la orden de la A quo, que ordenó a la AFP COLFONDOS, como fondo primigenio, trasladar a Colpensiones la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros del afiliado, pues, si bien tal orden no corresponde a las implicaciones prácticas de la ineficacia cuando se trata de varias AFP, puesto que tales conceptos debieron trasladarse a la AFP PROTECCION, luego del traslado horizontal que hizo el demandante a dicho fondo de pensiones, este aspecto no fue objeto de apelación de la sentencia.

### **COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA**

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la AFP **COLFONDOS S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. La misma será en favor del señor **JOFAN EMILIO DIOSA MUÑOZ**, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

### **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, de conformidad a lo expuesto.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a la **AFP COLFONDOS SA**. Agencias en derecho: un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023 y en favor del señor **JOFAN EMILIO DIOSA MUÑOZ**, que pagará la AFP a la 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