

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	NATALIA CANO RODRIGUEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION-COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-009-2022-00535-01
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 la señora **NATALIA CANO RODRIGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PROTECCION 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 las AFP COLFONDOS S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 10 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 la demandante nació el 23 de noviembre de 1966, se afilió al RPM administrado por Colpensiones y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS SA, en el año 1995 y luego se trasladó a la AFP PROTECCION SA, en el año 2001.

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 atendida 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 demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la 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 04 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad de la demandante, no le consta su traslado de la AFP Protección y Colfondos S.A. y; propuso las excepciones perentorias que denominó: “IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA PARTE DEMANDANTE, PRESCRIPCION, BUENA FE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INNOMINADA O GENÉRICA”

COLFONDOS S.A. también descorrió el traslado de la acción, según se observa en el (PDF 09 del expediente digital). A través de dicha respuesta se opuso a las pretensiones de la acción, aceptó unos hechos como ciertos, otros

indicó que no le constan y, formuló las excepciones de mérito que denominó: “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INNOMINADA o GENÉRICA, 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”

AFP PROTECCION S.A., contestó la demanda, (PDF 10 del expediente digital), por medio de dicha respuesta negó los hechos, salvo la afiliación de la demandante, y la edad y, formuló las excepciones que denominó: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INNOMINADA O GENÉRICA, 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 EL 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”

## **V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia pública celebrada el 10 de julio de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de NATALIA CANO RODRIGUEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-

Le impuso a las **AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.** a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante la señora NATALIA CANO RODRÍGUEZ junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

A **COLPENSIONES** a recibir de la AFP COLFONDOS S.A y AFP PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la señora NATALIA CANO RODRÍGUEZ en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que fueron efectivamente cancelados.

CONDENÓ en costas procesales a la AFP PROTECCIÓN y AFP COLFONDOS S.A., y a favor de la demandante.

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

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

La sentencia de primera instancia fue apelada el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS SA.

**Apelación de COLFONDOS:** El recurrente solicitó que se absuelva de las condenas impuestas teniendo en cuenta que se brindó una asesoría completa, integral respecto a las ventajas, la rentabilidad, las implicaciones del traslado de régimen, características y funcionamiento del RAIS y como se construye el derecho pensional.

Igualmente, que se absuelva de las condenas impuestas en el numeral 2 de la sentencia de primera instancia que se refiere a la devolución de primas, primas de seguros previsionales el porcentaje de garantía de pensión y gastos administración.

Replicó el recurrente, respecto de los gastos de administración la gestión no corresponde al afiliado ese porcentaje porque tanto en el RAIS como en el RPM dispuso se crearán a favor de la administración si se devuelves genera un doble condena y pago de lo no debido de rendimientos financieros indexados teniendo en cuenta lo que respecta a la prima de seguros previsionales al

declararse la ineficacia del traslado se está automáticamente dejando sin efecto el contrato entre administradora y la aseguradora por ausencia de interés asegurable, dado que si desaparece el acto de vinculación de la vida jurídica también desaparece el interés por cubrir unos siniestros que afecten la vida.

En estos casos que no existe un interés asegurable le corresponde a la aseguradora restituir el contrato previsional, en caso en que se condene a pagar la prima no sería Colfondos en hacer esa devolución sino la aseguradora.

Finalmente, señaló que no hay lugar a la condena en costas, por ausencia de mala fe de la entidad.

### **Alegatos de Conclusión:**

En la oportunidad de ley, el **apoderado judicial de Colpensiones** presentó escrito de alegatos de conclusión manifestó que se modifique la decisión de primera instancia conforme a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que mencionó que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes. Es por ello que la solicitud de afiliación o traslado se analizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B; además las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservarán el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el documento suscrito por la accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagro en el art 2 de la ley 100 de 1993. Si bien la demandante inició cotizando al RPMPD, el mismo se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A y solo hasta ahora pretende devolverse para Colpensiones porque se dio cuenta que el RPMD le es más favorable para su pensión manifestando que fue inducido en error.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de

pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”. Lo que aplica al caso que nos atañe teniendo en cuenta que la accionante a la fecha de la radicación de la solicitud de traslado al RPM, ya se encontraba inmersa en la limitante temporal de edad por contar con 56 años de edad. Teniendo en cuenta esta prohibición expresa Colpensiones como administradora de recursos públicos debe dar plena aplicación a las normas y no le es dable interpretar las mismas, no pudiendo entonces la entidad aceptar el traslado pretendido.

Además, sin necesidad de efectuar un dictamen técnico al respecto, en el Régimen de Ahorro Individual se gravan los aportes de los afiliados con un porcentaje de administración, que no existe el Régimen de Prima Media; entonces por no ser equivalente, los aportes transferidos del RAIS al RPMPD, cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, 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.

## **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 S.A., 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 del traslado de la actora al régimen de ahorro individual con

solidaridad y la aceptación de la 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 la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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

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

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

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o

traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

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

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

### **CASO CONCRETO**

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la señora NATALIA CANO RODRIGUEZ, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1995 (PDF 9 FOLIO 24-25), y luego se trasladó a la AFP PROTECCION S.A., el año 2001 (PDF 10 folio 48).

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP convocada a juicio (PORVENIR S.A) no alcanzó 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”*.

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

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

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación de la 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 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.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **NATALIA CANO RODRIGUEZ**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a la AFP demandada, esto es, se encuentra válidamente afiliada 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 del recurso de apelación y por la competencia que en Grado Jurisdiccional de Consulta 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 a la demandante.

Por otra parte, la apoderada judicial de la AFP COLFONDOS 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 de la asegurada, disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros, y generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, ya que dicha entidad estaría recibiendo una comisión que ni siquiera tiene por destino financiar la pensión de vejez de la asegurada, de lo que concluye que COLFONDOS S.A. tiene derecho a conservar la comisión de administración. Resaltó que la AFP pagó en su momento las primas previsionales a las respectivas aseguradoras, generando cobertura en favor del demandante frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que dicha entidad estaría imposibilitada para recobrar dichas sumas ya pagadas frente a esos terceros de buena fe que nada tuvieron que ver con la ineficacia.

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 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 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.

El otro punto de cuestionamiento planteado por el apoderado de la AFP COLFONDOS S.A., gira entorno a que se revoque la orden de devolución de las primas de seguro previsional, en cuanto fue una aseguradora quien recibió los ingresos, por tanto, las sumas de dinero se encuentran en el patrimonio de la misma.

Al respecto debe señalarse que en este asunto resulta irrelevante que la actora haya percibido la respectiva cobertura de riesgo previsionales, ya que se trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que el fondo privado asuma las consecuencias económicas de sus omisiones, **de su propio patrimonio.**

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

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)

En lo relativo a los **rendimientos** debe de indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo dispone el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

En lo concernientes a los rendimientos financieros ha dicho la CSJ:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)». (negrilla fuera de texto).*

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

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

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

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

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala advierte que la orden dada por el A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el **numeral 2°** de la resolutive de la sentencia se ordenó a la **AFP COLFONDOS Y PROTECCION S.A.**: “a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante la señora NATALIA CANO RODRÍGUEZ junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique”.

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 de la afiliada, 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 la demandante a dicho fondo de pensiones, este aspecto no fue objeto de apelación de la sentencia.

Finalmente respecto a la CONDENA EN COSTAS insiste la sociedad que no es procedente ante la ausencia de mala fe, sin embargo estima la Sala que el presupuesto de la buena fe no es un criterio valido para exonerar al fondo de la condena en costas procesales toda vez, que es pacífica la jurisprudencia de órgano de cierre en lo relacionado a la problemática de la ineficacia de los traslados y de las cargas probatorias que deben asumir los fondos privados para desvirtuar las pretensiones, y pese a ello, la parte recurrente insiste en la ineficacia del traslado, por lo que, al haber sido la AFP COLFONDOS vencida en primera instancia, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, hay lugar a la condena en costas que dispuso el a quo

### **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. Las mismas serán en favor de la señora **NATALIA CANO RODRIGUEZ**; las agencias en derecho se fijan en 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 S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual

vigente para el año 2023, en favor de la señora **NATALIA CANO RODRIGUEZ**, 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**