

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARIANO TRUJILLO TEUTA
DEMANDADOS	PORVENIR- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-010-2022-00182-01
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, MARIA NANCY GARCIA GARCIA 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 **MARIANO TRUJILLO TEUTA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR 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 la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 26 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 nació el 08 de abril de 1961, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1987, posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1997, entidad en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor comercial del RAIS no le brindó una correcta asesoría acerca de los beneficios y defectos de cada régimen 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 la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP 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, 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 09 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad de la demandante, su vinculación al ISS y su traslado de la AFP Porvenir y; propuso las excepciones perentorias que denominó: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, AUSENCIA DE PRUEBA DE ENGAÑO, EQUIVOCADA INFORMACIÓN Y PERJUICIO PADECIDO, INEXISTENCIA DE RECONOCER Y PAGAR PENSION DE VEJEZ, INTERESES DE MORA E INDEXACION INDEBIDA APLICACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ARTICULO 48 DE LA

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA ADICIONADO POR EL ARTICULO 01 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COBRO DE LO NO DEBIDO, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN y PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS”

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también recorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 08 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó “*PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.*”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 26 de julio de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el cambio de sistema pensional del RPM por el RAIS que realizó MARIANO TRUJILLO TEUTA, y, en consecuencia, declaró que el actor ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

Le impuso a la **AFP PORVENIR S.A.**, a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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. Indicó que, al momento de cumplirse estas órdenes, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

A **COLPENSIONES** le ordenó a recibir de PORVENIR S.A., los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente aportadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema general de seguridad social en pensiones que lleguen a causarse.

Condenó en costas procesales a la AFP PORVENIR S.A. 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.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A.

Apelación de PORVENIR: La apoderada judicial de la AFP, solicitó revocar la decisión frente a las condenas impuestas a la sociedad, pues considera que la afiliación inicial del demandante al RAIS con Porvenir en 1996 fue válida y precedida de una asesoría clara, expresa, precisa y completa con toda la información necesaria. Y que por tal motivo no se dan los supuestos para declarar la ineficacia por el contrario se evidencia que el accionante durante este tiempo de vinculación mantuvo las posibilidades de conocer las características y condiciones y si bien es cierto existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia la Corte ha aclarado que solo resulta aplicada de manera diferencial según los supuestos facticos en los que se exige una similitud. Insistió que la afiliación fue libre, voluntaria e informada.

Replicó el recurrente que para la data de la afiliación no existía la obligación de informar sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes ofrecían sobre el monto de la pensión, así como tampoco podía exigirse a los fondos realizar asesorías y buenos consejos. Si se tiene en cuenta que conforme al momento histórico esbozado por la jurisprudencia de la honorable Corte estas cargas fueron impuestas por la expedición del Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, la única motivación para declarar la ineficacia sería el monto de la mesada, factor que por sí solo no es suficiente para preservar el deber de información, ni considerado como un elemento que vicie la voluntad del actor, si se tiene en cuenta la forma en que se financian las mesadas es sustancialmente diferente en cada régimen.

Puntualizó, que debe revocarse la condena correspondiente a retornar los gastos de administración previstos en el artículo 20 de la Ley 100, así como no se

deben trasladar ya que durante el periodo que estuvo el afiliado con Porvenir se acogió al aseguramiento de riesgo de invalidez y muerte ,la super financiera ha indicado que estos casos se deben respetar las restituciones mutuas no se debe ordenar el traslado de la prima, tampoco la devolución de comisiones y cuotas de administración, puesto que han sido utilizadas para generar rendimientos a la cuenta del afiliado y corresponden al trabajo de la administración.

Ahora, según lo previsto en el artículo 1747 de C.C. hay lugar a las restituciones mutuas; que independiente del motivo que dé lugar a la ineficacia, al fondo se le debe reconocer gastos de administración que ha hecho a favor del afiliado para generarle esos rendimientos por lo que solicitó no ordenar esta aplicación de restitución, ni compensación económica que lleva a un enriquecimiento, no siendo compatible rendimientos y gastos según el artículo 897 de CCo.

Respecto de la orden de indexación, señaló que se genera una doble condena para la entidad, considera que no es acertado el detrimento que sufre el valor económico.

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, la apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, presentó escrito de alegatos de conclusión manifestó que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

También aseveró respecto a la condena a reintegrar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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 que atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. Además, toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema

Reiteró su disenso frente a la condena en costas ya que la entidad siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de la entidad.

Siendo la oportunidad procesal pertinente, se reconoce personería jurídica a la doctora Marya A Giraldo Zuluaga apoderada sustituta de Colpensiones para que continúe representando los intereses de la entidad demandada, en los términos previstos en el memorial poder y anexos allegados.

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, discrepó del fallo de primera instancia, que debe revocarse en todas sus partes, expresando que se presume válida el traslado realizado por MARIANO TRUJILLO TEUTA ante la AFP PORVENIR y no es procedente declararla ineficaz, por cuanto su afiliación al RAIS fue en ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, artículo 13 Literal B. Es importante indicar que el demandante no se puede trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES en aplicación de las sentencias en cita y en concordancia con los Decretos 3995 de 2008 artículo 12 y el Decreto 692 de 1994 señalan como requisitos exigibles para considerar viable el traslado de personas del RAIS a COLPENSIONES y a quienes les faltare menos de diez (10) años para cumplir la edad de pensión.

En el caso de que se confirme la sentencia de primer grado resulte solicitado se ordene al fondo privado trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual

debidamente indexados sin ningún tipo de descuentos ya sea de gastos de administración, seguros previsionales, primas de seguros de invalidez vejez y muerte, la prima de reaseguro de Fogafín, además devolver el porcentaje correspondiente al fondo de garantías. PORVENIR S.A., está obligada a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688- 2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021), todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CS/ SL3803-2021).".

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 la apoderada judicial de la AFP PORVENIR 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 del actor 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 el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP demandada, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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

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

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

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

transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

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

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor MARIANO TRUJILLO TEUTA, inicialmente se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1987 (PDF 03), posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1997 (PDF 03), entidad en donde se encuentra afiliada actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional de la actora 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 del señor **MARIANO TRUJILLO TEUTA**, 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 PORVENIR S.A. pide que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual 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 PORVENIR 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.

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

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

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

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

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)

Respecto al reproche de la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., en el que solicita que se revoque la orden de indexación, por cuanto, a su juicio con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa con la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haber generado los emolumentos a retornar; delantamente esta sala advierte que no es procedente.

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 PORVENIR S.A:** *“a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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. Al momento de cumplirse estas órdenes, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.*

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 Porvenir 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 PORVENIR S.A., teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor del señor **MARIANO TRUJILLO TEUTA**; 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 PORVENIR S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor del señor **MARIANO TRUJILLO TEUTA**, 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