

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUZ DARY OSORIO CUEVAS
DEMANDADOS	PROTECCION- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-012-2022-00323-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia de afiliación inicial
DECISIÓN	Revoca, aclara, adiciona y confirma

Medellín, quince (15) de noviembre 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 **LUZ DARY OSORIO CUEVAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 045**, 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 PROTECCION, contra la sentencia que profirió el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 29 de septiembre 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 se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde mayo de 1991, y, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION, 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 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 ésta 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 10 y 16 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DEL DEMANDANTE AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, CONSIDERACIONES RESPECTO AL ACTO JURÍDICO CELEBRADO ENTRE EL DEMANDANTE Y LA AFP PROTECCIÓN S.A., BUENA FE, FALTA DE LIGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCION Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN,*

IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS". Igualmente, se anexó certificado de no encontrarse vinculación de la demandante con la entidad pública.

PROTECCION S.A. también recorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 11 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, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, 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"

Mediante auto del 21 de febrero de 2023, visible en el PDF 18, la juez de conocimiento, decretó como **prueba de oficio**, requerir a la parte demandante, para que allegara el certificado laboral en formato CETIL que acredite el tiempo laborado con el E.S.E. Hospital la Anunciación por el periodo desde el mes de mayo de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1994.

La anterior determinación se sustentó en lo siguiente:

*"Revisada la documental allegada al plenario, se puede verificar que, en los hechos de la demanda se indica que la demandante estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el mes de mayo de 1991, sin embargo, en respuesta a la demanda de COLPENSIONES se allega certificación de no encontrarse vinculaciones con la entidad pública, además de ello, en historia laboral que reposa en documento 10 del expediente administrativo se puede determinar que no hay registros. Adicionalmente, en contestación de PROTECCIÓN S.A. se allega historia laboral para bono pensional donde efectivamente se observa que la demandante trabajó para el E.S.E. Hospital la Anunciación desde el mes de mayo de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1994, teniendo como origen de la información el CETIL, pero de esa información no se puede extraer a qué caja previsional se encontraba afiliada la demandante, información que es necesaria para determinar si la señora OSORIO CUEVAS estuvo en una anterior administradora el RPM, o a bien, nunca estuvo en dicho régimen, siendo en ese caso una **presunta afiliación inicial**"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 29 de septiembre de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la **ineficacia de la afiliación inicial** efectuada por la señora LUZ DARY OSORIO CUEVAS al régimen de ahorro individual el 8 de noviembre de 1994.

Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar el monto del capital ahorrado por LUZ DARY OSORIO CUEVAS desde el 08 de noviembre de 1994, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos

rendimientos financieros a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como a entregar a la misma todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora que se hubiesen podido generar por el período durante el cual la accionante ha permanecido afiliada a dicho Fondo. Sumas que deberán ser debidamente indexadas por la AFP demandada al momento de su depósito efectivo en Colpensiones, por tratarse de sumas de dinero que han sido depreciadas en su valor con el paso del tiempo.

Se previno de que, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenan trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la demandante hubiera permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media, será la referida AFP quien asuma la diferencia que resulta de la proporción al período durante el cual la demandante permaneció afiliada a esta Administradora.

A su vez, se ordenó a PROTECCIÓN S.A a entregar a COLPENSIONES, dichas sumas de dinero dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994.

Por su parte a COLPENSIONES, le ordenó recibir de PROTECCIÓN S.A, los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputados a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional.

Condenó en costas procesales a la PROTECCION y se abstuvo de imponer condena a cargo de COLPENSIONES.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la AFP PROTECCION, quien manifestó que recurre la sentencia de manera parcial y específicamente el numeral segundo de la parte resolutive que ordenó trasladar a Colpensiones, los dineros de primas de seguro y de reaseguro y asumir un perjuicio patrimonial.

Expuso que, dentro del expediente se demostró que la AFP ha administrado de manera diligente y oportuna los aportes de la demandante, y, por tanto, no se puede evidenciar que la entidad hubiese actuado de mala fe, de lo que coligió que, no es procedente imponerle a la AFP que asuma dineros por algún detrimento o desvalorización, ya que los aportes han generado una excelente rentabilidad en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Pidió que, la AFP solo traslade a Colpensiones, los aportes, bonos pensionales si llegasen a estar, el fondo de garantía de pensión mínima y las cuotas de administración, sin embargo, reiteró que, no se ordene trasladar sumas diferentes, ni mucho menos su indexación.

Alegatos de Conclusión:

La apoderada judicial de COLPENSIONES, puso de manifiesto que el traslado de régimen de la demandante, 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 consagró en el art 2 de la ley 100 de 1993.

Agregó además que, debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente que cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión no podrá trasladarse, y 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.

Dijo igualmente que, en el evento de acogerse las pretensiones de la demanda, se ordene la AFP 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.

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 la afiliación pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la AFP PROTECCION, 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 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 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, de acuerdo al recaudo probatorio, la señora LUZ DARY OSORIO CUEVAS, realizó cotizaciones inicialmente a través del E.S.E. Hospital la Anunciación entre mayo de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1994, de acuerdo al certificado cetil que obra en el PDF 19.



El empleador informa al trabajador
Oficina de Menos Pensionados


CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS
CETIL



El empleador informa al trabajador
Oficina de Menos Pensionados

Clasificación No. 0001

No. 202104890981268000310004



DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA
Nombre: E.S.E. HOSPITAL LA ANUNCIACION
Dirección: CALLE 10 - 08 CALLE PRINCIPAL
Teléfono Fijo: 8578700
Correo Electrónico: talentohumano@eselasanuncion-mutata-antioquia.gov.co

Departamento: ANTIOQUIA
Municipio: MUTATA
Código DANE: 05480

NI: 890.981.268

DATOS DEL EMPLEADO
Nombre: E.S.E. HOSPITAL LA ANUNCIACION
Tipo de Documento: C
Primer Apellido: OSORIO
Segundo Apellido: CUEVAS
Documento: 32.286.614
Fecha de Nacimiento: Marzo 14 de 1993
Primer Nombre: LUZ
Segundo Nombre: DARY

NI: 890.981.268
Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones: Junio 30 de 1995

Desde	Hasta	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Apertura Periodo	Apertura Salario	Apertura Retiro	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Dias Interrupción	Carga de Año Riesgo	Tiempo Completado	Notas
16-05-1991	31-12-1994	LABORAL	PROBADO	Profesional Universitario	NO	NO	NO	NINGUNO	E.S.E. HOSPITAL LA ANUNCIACION	0	NO	SI	

FACTORES SALARIALES 1991 (Valores en pesos)																							
DECRETO 1188 DE 1994		Periodicidad	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre									
ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL	HEMISUAL	0.00	N	0.00	N	0.00	N	20,002.00	N	62,255.00	N	62,255.00	N	62,255.00	N								
REMUNERACIÓN POR TRABAJO DOMINGAL O FESTIVO	HEMISUAL	0.00	N	0.00	N	0.00	N	8,368.00	N	0.00	N	16,735.00	N	16,735.00	N								
OTROS FACTORES SALARIALES	Periodicidad	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre										
PRIMA DE CLIMA	HEMISUAL	0.00	N	0.00	N	0.00	N	1,800.00	N	1,800.00	N	1,800.00	N	1,800.00	N								
PRIMA DE VIDA	HEMISUAL	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	31,727.00	N	0.00	N	0.00	N								
Total Devengado		0.00		0.00		0.00		27,210.00		84,255.00		84,255.00		84,255.00									

ABC indica el factor fue considerado como parte del Ingreso Base de Cotización en el mes correspondiente.

Page: 1

De otro lado, y pese a que se indicó en los hechos de la demanda que la actora estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, lo cierto es que la entidad administradora de pensiones, emitió certificado aduciendo que la actora no registra vinculación, ni aportes a dicha entidad, veamos: PDF 16



EL SUSCRITO DIRECTOR DE HISTORIA LABORAL DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

CERTIFICA QUE:

Consultadas las Bases de Datos no se encontró información de afiliación, ni de aportes, ni novedades laborales, bajo el número de cédula de ciudadanía 32286614, por lo tanto, no se genera historia laboral bajo este número de identificación.

Dada en Bogotá, D.C., a los catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Ahora bien, no se tiene dudas que la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A. a partir de **julio de 1994** (PDF 11 folio 44), fondo de pensiones donde permanece afiliada en la actualidad.

Aclarado lo anterior, pasa esta judicatura a determinar si en el caso en concreto se dan los supuestos para declararse la **ineficacia de la vinculación inicial** que hizo la demandante a la AFP PROTECCIÓN.

Al respecto es preciso señalar que, resulta cristalino que la primera vinculación de la accionante al sistema general de pensiones se dio con su afiliación al RAIS, y no por este hecho es acertado considerar que no subsistía en cabeza de la administradora del RAIS el deber de información para con el aspirante a inscripción a ese régimen, como si el afiliado no tuviese por esa condición de primerizo en el sistema, la opción de escoger el régimen que más le favoreciera entre las dos posibles opciones que se le presentaban (RPMPD y RAIS); es evidente que tenía la oportunidad de afiliarse a uno u otro, según se le explicitara cual podría serle el más favorable; obviamente, también era titular del derecho a seleccionar el régimen con la garantía que instituyó la ley, esto es, el derecho a ser informado cabalmente sobre las condiciones de los regímenes del sistema.

En ese orden de ideas, es lo procedente, que la demandante pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, evidenciándose en el *sub-júdice* que es su voluntad o interés manifiesto pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, como se extrae de las pretensiones de la demanda.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la 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, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP convocada a juicio (PROTECCION S.A.) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la actora 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”*.

En punto al cuestionamiento que realizó el apoderado de Colpensiones al presentar su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, relativo a que la asegurada se encuentra inmersa en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para esta sala dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación no produjo ningún efecto, al ser ineficaz la afiliación por ausencia de información.

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

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia de la **afiliación** de la señora LUZ DARY OSORIO CUEVAS, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, COLPENSIONES, habrá de activar la afiliación de la demandante, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

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 a la demandante, aspecto que es objeto de apelación por el apoderado judicial de PROTECCIÓN.

El recurrente manifestó que la AFP ha cumplido plenamente con su labor y ha generado rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de ahorro individual de la afiliada. Enfatizó que la AFP han garantizado a la actora, 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 la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PROTECCIÓN, 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 PROTECCIÓN sino por COLPENSIONES.

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 a la 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 de la demandante y fueron rubros que se generaron incluso a partir de la administración de los recursos de la propia demandante. Aunado a ello, el fondo privado no puede sacar provecho de sus propias omisiones, y afectar a la actora en sus rendimientos financieros.

En lo que concierne a que a la 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 la actora 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 en lo referente a la equivalencia que se ordenó en el **numeral segundo**, y que es justamente un aspecto objeto de cuestionamiento por el apoderado judicial de la AFP PROTECCION, donde se dispuso que: *“Se advierte que, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, será la referida AFP quien asuma la diferencia que resultare”* para que fuera asumida por la AFP, es preciso indicar que, la ineficacia declarada no puede quedar sujeta a dicho cálculo, por la potísima razón de que este no es el efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado, pues pese a requerirse la actualización de dichos aportes para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente el régimen de prima media que administra **COLPENSIONES**, la solución acogida por la Alta Jurisprudencia a efectos de conjurar esta problemática, ha sido la indexación de las condenas, tal como se indicó en líneas anteriores, medida reiterada, por ejemplo, en Sentencia SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Este aspecto, se REVOCARÁ, a efectos de ajustar la decisión acorde a lo concebido desde el precedente del Órgano de Cierre en materia Ordinaria, que, itera la Sala, está direccionado precisamente a la devolución de todo lo recibido, con la actualización económica de los rubros descritos (SL2877-2020 y SL1442-2022).

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 2º, de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

No obstante lo anterior, esta Sala **ACLARARÁ** el numeral **segundo** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que **los tres únicos conceptos** que las **AFP PROTECCION** debe retornar a COLPENSIONES, **debidamente indexados**, corresponden a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

A su vez, se **ADICIONARÁ** ese mismo numeral, a fin de ordenar que la **AFP PROTECCION** remita a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **segundo** de la sentencia de primera instancia, en cuanto dispuso efectuar un cálculo de equivalencia de los aportes entre regímenes, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ACLARAR el numeral **segundo** de esa misma sentencia, en el sentido de indicar que los únicos **tres conceptos** que la **AFP PROTECCION**, debe retornar a COLPENSIONES, **debidamente indexados**, corresponden a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

ADICIONAR ese mismo numeral, en el entendido de que la **AFP PROTECCION**, al momento de cumplirse la orden impartida, deberá remitir a COLPENSIONES, la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos

valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada

CUARTO: Sin costas en esta instancia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

SEXTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA