

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-003-2019-00554-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y confirma.

Medellín, quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO** 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 045**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante, por la AFP COLFONDOS y por la

AFP PROTECCIÓN, contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 10 de agosto 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 actora nació el 21 de octubre de 1962, y se afilió por primera vez al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales a partir del año 1980, luego decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1996, y posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCION, en el año 1997 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 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 dichas administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por 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 accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF 24 incorporado al expediente digital. A través del mismo, aceptó como cierto que la demandante inició a cotizar al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, desde el 15 de febrero de 1980. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción y propuso las excepciones perentorias que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE RÉGIMENES PENSIONALES, IMPOSIBILIDAD DE APLICAR PRECEDENTE JUDICIAL Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE LA AFP COLFONDOS Y PROTECCIÓN, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AFP COLFONDOS Y PROTECCIÓN ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO, RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL C. CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS"*

Por su parte la AFP PROTECCION S.A., a través de la contestación allegada (PDF 9 folio 19- PDF 10 del expediente digital), negó los hechos de la demanda, salvo la afiliación, traslado y edad de la actora, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, 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, PRESCRIPCION"*

La AFP COLFONDOS S.A., hizo lo propio y contestó la demanda (PDF 14-15), negó todos los hechos de la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Formuló las excepciones de fondo que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, "RATIFICACION DE LA AFILIACION DE LA DEMANDANTE AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 10 de agosto de 2023, el Juez de conocimiento, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que las demandas AFP PROTECCION S.A Y AFP COLFONDOS S.A. no demostraron haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor de la señora AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO identificada con C.C. N° 39554914, cuando esta se trasladó a dichas Administradoras de Fondos de Pensiones, ni tampoco demostraron que a lo largo de la afiliación de AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO a dichas entidades, estas le dieran información clara, veraz y oportuna que le mostrara a éste las circunstancias que le hicieran más favorable permanecer en el RAIS antes que en el RPM.

SEGUNDO: DECLARAR que las AFP PROTECCION S.A Y AFP COLFONDOS S.A. dichas ineficacias causaron grave menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO.

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de las AFP PROTECCION S.A Y AFP COLFONDOS S.A. en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones del demandante AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO.

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional (art. 53 C.P. y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPMPD acaecido en cabeza de AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO causado por la AFP PROTECCION S.A. De acuerdo con la inaplicación constitucional aquí declarada, también se DECLARA que la demandante AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PROTECCION S.A.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin perjuicio de las órdenes que se le darán enseguida.

SEXTO: Consecuencial a las anteriores declaraciones, ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que el demandante solicite por escrito la pensión de vejez, una vez éste reúna los requisitos para tener derecho a ella, le reconozca, liquide y pague dicha pensión, bajo el RPMPD. La señora AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO dentro de la carta en que solicite la pensión de vejez, deberá incluir certificado de retiro laboral.

SEPTIMO: ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A. que, dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo

el RPMD en favor del demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Aquí mismo se ORDENA a COLPENSIONES que dentro de los (dos meses) siguientes a la fecha en que la AFP PROTECCION S.A. lo solicite por escrito, elabore dicho cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional y en ese mismo lapso, dos meses, COLPENSIONES deberá presentar dicho cálculo actuarial pensional a la AFP PROTECCION S.A. A su vez esta última entidad, AFP PROTECCION S.A., dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de manos de COLPENSIONES, proceda a su pago real y efectivo a dicha entidad (COLPENSIONES).

OCTAVO: ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligada a pagar la AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO, COLPENSIONES subrogará a AFP PROTECCION S.A. en tal obligación a partir del momento y hora en que esta última entidad pague a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial pensional.

NOVENO: AUTORIZAR a la AFP PROTECCION S.A. a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para sí, para AFP PROTECCION S.A., los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este.

DECIMO: se AUTORIZA a AFP PROTECCION S.A., para que dentro del mes siguiente a la fecha en que pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional, recobre por escrito de AFP COLFONDOS S.A. del 3% del valor de dicho cálculo actuarial; y se ordene a AFP PROTECCION S.A. que, dentro del mes siguiente a la fecha en que se presente el recobro escrito por parte de AFP PROTECCION S.A., proceda al pago de este valor.

DÉCIMO PRIMERO: No prosperan las excepciones propuestas por las demandadas las AFP PROTECCION S.A Y AFP COLFONDOS S.A. Prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES de intransmisibilidad de la responsabilidad de AFP PROTECCION S.A. a dicha entidad COLPENSIONES, pues como lo ha dicho la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL en múltiples sentencias, COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico de traslado y es principio constitucional que los terceros no pueden cargar con las consecuencias dañinas, con las desventajas de la celebración de un acto jurídico en el que no ha participado. Por ello se ABSOLVERÁ a COLPENSIONES de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que aquí se le han dado. DÉCIMO SEGUNDO: Costas procesales a cargo de PROTECCION S.A. agencias en derecho en la suma de \$ 4.640.000”

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

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandante, y por las AFP COLFONDOS y PROTECCION.

Apoderada parte demandante: El apoderado judicial de la parte demandante pidió que se dé uso de la doctrina probable establecida por la CSJ en temas de ineficacia del traslado, pues pese a estar de acuerdo con lo indicado por el Juez, a su juicio, dicha decisión alargaría más el proceso el cual ha tenido una duración de más de cuatro años y actualmente la actora tiene cumplidos los requisitos para obtener la pensión de vejez, y mantener la orden, implicaría que las AFP demandadas tendrían un interés jurídico para interponer un recurso extraordinario de casación, lo que extendería aún más el proceso.

De otro lado solicitó que, se imponga condena en costas procesales a la AFP COLFONDOS, teniendo en cuenta que la entidad fue quien propició el traslado de régimen de ahorro individual de la demandante, resultó vencida en el proceso, y se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda.

Apelación de la AFP COLFONDOS S.A.: El apoderado judicial de la AFP, arguyó que el fallo de primera instancia es contrario al principio de consonancia y congruencia, pues las pretensiones están dirigidas a que se declare la ineficacia o nulidad del traslado, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, sin embargo, el A quo hizo uso de las facultades ultra y extra petita, adoptando una decisión arbitraria que no guarda relación con lo pedido en la demanda.

Con base en lo anterior imploró que se revoque todas las condenas irrogadas por el A quo, por cuanto en el asunto no se solicitó el reconocimiento pensional y pese a ello, se ordenó a Protección a reconocer dicha prestación a la demandante bajo el RPM, y a Colfondos a pagar a dicha AFP el 3% de cálculo actuarial.

Agregó además que, en el evento de encontrar material probatorio que permita declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, como lo solicitó la demandante en el libelo genitor, no se ordene a la AFP a devolver ningún

concepto, por cuanto la actora no se encuentra en estado activo en la AFP y no sería dable retornar gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que los mismos ya acaecieron en favor de la demandante. Que tampoco habría lugar a retornar dichos conceptos de manera indexada, toda vez que la misma puede compensarse con los rendimientos financieros que le generaron a la hoy demandante.

Apelación de la AFP PROTECCION S.A: El apoderado judicial de Protección recurrió la sentencia de primera instancia de forma integral expresando que, se demostró por parte de la AFP una debida gestión a la hora de realizar la afiliación de la demandante, al punto que la actora indicó en su interrogatorio de parte que recibió una asesoría y además, al plenario se adjuntó el respectivo formulario de afiliación con el cual se cumplen las condiciones que exigía la normativa vigente para el momento en que se dio el traslado horizontal.

Replicó también que la AFP no podría pagar pensión de vejez a la demandante conforme a los lineamientos del RPM, ya que, por mandato legal, ambos regímenes pensionales son excluyentes.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de la **parte demandante**, pidió que se aplique al asunto, las consecuencias practica que ha indicado la CSJ en su línea jurisprudencial, cuyas decisiones hasta hoy son uniformes en relación con las ineficacias del traslado de régimen pensional, resaltando que las AFP demandadas, no cumplieron con su deber de información, lo cual incidió directamente en el derecho pensional fundamental de la actora.

Por otra parte, al doctor JOHN WALTER BUITRAGO PERALTA, portador de la T.P. 267.511 del C.S.J., se le reconoce personería para representar a la AFP COLFONDOS, en los términos del poder conferido.

En la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado de la AFP **COLFONDOS**, reiteró todas y cada una de las razones expuestas en la sustentación del recurso, insistiendo en la revocatoria de la decisión de instancia.

Finalmente, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, manifestó que a pesar de que la sentencia de primera instancia no fue recurrida debido a que el Juez consideró que la entidad no le asiste interés jurídico para apelar, señaló que, el traslado de régimen pensional que realizó la actora, fue libre, voluntario y espontáneo, firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible para su traslado al RAIS.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por las partes 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 declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional y el derecho pensional de la actora al retorno a prima media, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de

venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

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

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

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición (SL2611-2020 y SL5525 -2021).

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

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar, que, conforme a la prueba documental obrante en el plenario, se advierte que la señora AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO, se vinculó al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el año 1980, según se advierte en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (PDF 26) y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1996, y luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1997 (PDF 12 folio 10) donde permanece afiliada en la actualidad.

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

En efecto, es bien sabido, que el simple hecho de la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados en sus obligaciones profesionales de asesoría (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017); que, para la época del traslado de la demandante, tal y como se refirió en precedencia, es evidente que eran exigibles estas obligaciones de asesoría, siendo preciso

concluir que el acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual a través de las AFP demandadas, no produjeron los efectos jurídicos pertinentes.

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

Ahora bien, el apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN, en su recurso de alzada y el apoderado de COLPENSIONES, en su escrito de alegatos de conclusión, argumentan que las administradoras del régimen privado cumplieron con los requisitos de fondo y forma que se exigían para el momento en que se produjo el traslado, es decir, con el deber de información y buen consejo.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Ahora bien, sostiene el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegatos de conclusión, que el traslado de la demandante se dio de manera libre y voluntaria.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que, a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

De manera que, para la Sala, las AFP demandadas no dieron cumplimiento a la ley por el simple hecho de haber suscrito un formulario de afiliación, pues en el plenario no obra ninguna prueba que indique que la actora se le brindó asesoría de la que se ha hecho referencia. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual por demás no fue tachado de falso, y es incontrastable en el marco de lo que representa, pero de ahí a que se tenga como indicativo de que haya existido **asesoría, buen consejo y acompañamiento**, la sala encuentra que no les asiste razón a los apoderados judiciales reclamantes.

En consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP demandas, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado a la actora un acompañamiento suficiente en su proceso de traslado de régimen.

Sin embargo, a los apoderados judiciales apelantes, esto es, de la parte demandante y de las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN, les asiste razón en el reproche general que le hacen a la sentencia de primera instancia, solicitando incluso de forma subsidiaria que, en caso de que se confirme la declarada ineficacia, se le dé el alcance que todos los casos en su mayoría tienen conforme a la jurisprudencia nacional, y no la inapropiada forma jurídica que concluyó la sentencia de primera instancia, al haber ordenado un cálculo actuarial que, en su sentir de forma contraria a la Ley 100 de 1993, ordena que una administradora del RAIS reconozca y pague la pensión de vejez bajo unas reglas completamente ajenas y atípicas como las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Esta sala acoge los reparos de los recurrentes a la sentencia, y advierte un desbordamiento a la línea jurisprudencial sobre el tema en que incurrió el A quo, que más que corresponder al sostenimiento de una postura con la suficiente carga argumentativa, constituye una suerte de escenario en el que se lleva a extremo el principio de responsabilidad jurídica y presenta ciertos inconvenientes en la práctica, de cara al funcionamiento legal que cada uno de los dos regímenes pensionales excluyentes que creó el legislador a través de la Ley 100 de 1993, al pretender imponer a una administradora del régimen de ahorro individual (AFP PROTECCIÓN S.A.) un reconocimiento pensional bajo las reglas del régimen de

prima media con prestación definida, ordenando de por medio la liquidación de un cálculo actuarial completamente impropio para estos casos¹.

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

Así las cosas, sin que exista duda en cuanto a que hay unas obligaciones de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP que se erigen en inexorables en el despliegue de su actividad, creadas desde la misma concepción de los dos regímenes pensionales, y no a partir de recientes normas, cuando las mismas no se cumplen, se genera la consecuencia jurídica de la ineficacia, como una sanción propia en materia del trabajo y de la seguridad social, este colegiado revocará la orden de pagar cálculo actuarial con fines de subrogación, por ser una solución jurídica totalmente injustificada y que contraría la fuente legal con base a la que cada régimen pensional funciona de manera independiente y con fundamento en sus propias normas y reglas jurídicas.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** el numeral 1º, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto, declaró que las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., faltaron a su deber legal de asesoría en el traslado de régimen de la demandante. **REVOCARÁ** el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora a través de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. entendiéndose, por tanto, que la demandante siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

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

De otro lado, serán **REVOCADOS** los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que las AFP demandadas causaron grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de las AFP, en el daño o perjuicio causado a la demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP PROTECCIÓN S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez a la demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES y se ordenó a AFP PROTECCIÓN S.A., para que pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional y recobre por escrito de la AFP COLFONDOS S.A. el 3% del valor de dicho cálculo actuarial; **para en su lugar, ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A.,** trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas con sus respectivos rendimientos financieros y comisiones por administración, fondo de garantías para pensión mínima y pagos de seguro y reaseguro. A su vez se ordenará a la **AFP COLFONDOS S.A.,** trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

Asimismo, se dispondrá **ordenar la indexación** a cargo de las AFP demandadas; **COLFONDOS y PROTECCIÓN,** sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas por estos conceptos, teniendo en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

A su vez, se ordenará a las **AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN,** remitan 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.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, aspecto que es cuestionado por el apoderado de la AFP COLFONDOS S.A. en su recurso de alzada.

Ahora, el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. sostiene que los gastos de administración, han cumplido plenamente con su cometido.

Esta Sala no acogerá esos argumentos, 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.

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.

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.

En punto de 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.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)*

Por otra parte, y en relación con el desacuerdo del apoderado judicial de COLFONDOS, en cuanto a la indexación. Para esta Sala, es procedente tal determinación, como quiera que esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, constituyendo éste un precedente vertical, que acoge esta colegiatura.

Finalmente, debe decirse que le asiste razón al apoderado judicial de la parte demandante cuando solicita que se imponga condena en costas a la AFP COLFONDOS, por cuanto no existen elementos de juicio para exonerar a la AFP de dicha condena, por el contrario, lo que si se demostró en el sub lite, es que aquel, fue el primer fondo privado al cual se trasladó la demandante, lo que quiere

significar que, fue a través del mismo que se generó la ineficacia del traslado de régimen pensional, igualmente dicha administradora resultó vencida en juicio y se opuso férreamente a las pretensiones de la demanda, de tal suerte que en dicho caso si resulta pertinente emitir condena en costas, acudiendo al criterio previsto en el art. 365 del CGP.

En consecuencia, se **ADICIONARÁ** el **numeral décimo segundo** de la sentencia de primera instancia, únicamente en el sentido de imponer costas procesales en el trámite de primera instancia también a la AFP COLFONDOS. Las agencias en derecho en esa instancia deberán ser fijadas por el juzgado de origen en la oportunidad procesal correspondiente.

COSTAS

En esta instancia no se han causado costas procesales, por haber prosperado parcialmente las apelaciones, presentadas por los apoderados judiciales de las partes.

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 el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el que se dispuso inaplicar la pérdida del régimen de prima media con prestación definida acaecido en la señora AIDA PATRICIA JIMENEZ FORERO, cuando ésta se trasladó al RAIS, declarando que la demandante sigue inmersa en el régimen de prima media con prestación definida, pero a cargo de la administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A, **para, en su lugar, DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora a través de COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A., entendiéndose, por tanto, que la demandante siempre ha permanecido afiliada al régimen de

prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, por lo indicado en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11 de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que las AFP PROTECCION y COLFONDOS S.A causaron grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de las AFP demandadas, en el daño o perjuicio causado a la demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP PROTECCIÓN S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez a la demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES, y se ordenó a AFP PROTECCION S.A., para que pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional y recobre por escrito de la AFP COLFONDOS S.A. el 3% del valor de dicho cálculo actuarial; **para en su lugar**, ORDENAR a la **AFP PROTECCIÓN**, trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas con sus respectivos rendimientos financieros y comisiones por administración, fondo de garantías para pensión mínima y pagos de seguro y reaseguro. A su vez ORDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A**, trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

Asimismo, ORDENAR la **indexación** a cargo de las AFP demandadas **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

Del mismo modo, ORDENAR a las **AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, al momento de cumplirse la orden impartida, remitan a **COLPENSIONES**, la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral **décimo segundo** de la parte resolutive de la referida sentencia objeto de apelación y consulta de origen y fecha conocidos a efectos de imponer costas procesales en el trámite de primera instancia también a la AFP COLFONDOS. Las agencias en derecho en esa instancia deberán ser fijadas por el juzgado de origen en la oportunidad procesal correspondiente.

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

QUINTO: Sin costas procesales de segunda instancia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

SÉPTIMO: 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