

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	CARLOS MARTINEZ MENA
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR
RADICADO	05001-31-05-003-2021-00558-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y confirma.

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA 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 el señor **CARLOS MARTINEZ MENA** 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 007**, 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 PORVENIR, contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública

celebrada el día 16 de noviembre de 2023, y, a su vez, conocer dicha sentencia en grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante se afilió al ISS administrado hoy por Colpensiones, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A., en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendido para afiliarse a la AFP demandada, 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 traslado de régimen pensional.

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 el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES descorrió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF 12, incorporado al expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de esta acción y propuso las excepciones perentorias que denominó: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO A LA AFP PORVENIR S.A., INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR S.A. ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS POR PARTE DE LA AFP PORVENIR S.A., BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES MORATORIOS, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS”*

Por su parte la AFP PORVENIR S.A., a través de la contestación allegada (PDF 15 del expediente digital), negó los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones 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 16 de noviembre de 2023, el Juez de conocimiento, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que la demanda AFP PORVENIR S.A. no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor de la señor CARLOS MARTINEZ MENA identificado con C.C. N° 71972336, cuando esta se trasladó a dichas Administradoras de Fondos de Pensiones, ni tampoco demostraron que a lo largo de la afiliación de CARLOS MARTINEZ MENA a dicha entidad, 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 la AFP PORVENIR S.A causó grave menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante CARLOS MARTINEZ MENA.

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR S.A en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones del demandante CARLOS MARTINEZ MENA.

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional (art. 53 C.P. y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPMPD acaecido en cabeza de CARLOS MARTINEZ MENA causado por la

AFP PORVENIR S.A De acuerdo con la inaplicación constitucional aquí declarada, también se DECLARA que el demandante CARLOS MARTINEZ MENA sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PORVENIR 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: Declarar que el demandante sigue inmerso en el régimen de prima media, pero a cargo de la AFP incumplida por la AFP PORVENIR y consecuentemente ordenarle a la AFP PORVENIR 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. El señor CARLOS MARTINEZ MENA dentro de la carta en que solicite la pensión de vejez, deberá incluir certificado de retiro laboral.

SEPTIMO: ORDENAR a la AFP PORVENIR 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 PORVENIR 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 PORVENIR S.A. A su vez esta última entidad, AFP PORVENIR 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 PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligada a pagar a CARLOS MARTINEZ MENA, COLPENSIONES subrogará a AFP PORVENIR 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 PORVENIR S.A. a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para sí, para AFP PORVENIR 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: No prosperan las excepciones propuesta por las demandadas AFP PORVENIR S.A. Prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES de intransmisibilidad de la responsabilidad de AFP PORVENIR S.A. a dicha entidad COLPENSIONES.

DÉCIMO PRIMERO: Costas procesales a cargo de AFP PORVENIR 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 el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., quien arguyó que en el proceso hubo una extralimitación de las facultades ultra y extra petita del juez, pues en la parte resolutive de la sentencia se habla de un menoscabo que en ningún momento existió. Que contrario a lo que manifiesta el A quo, no quedó probado ningún daño que se le hubiese ocasionado al demandante pues se está comparando los requisitos que eventualmente hubiera acreditado el demandante

en el régimen de prima media, pero de acuerdo a la historia laboral que se tiene, éste aún no cuenta con 1.300 semanas de cotización, por lo tanto, no se consolidó ningún perjuicio pues el actor no cumple los requisitos para trasladarse al RPM, y además, el demandante en su demanda no se refirió a ningún daño que se le hubiere ocasionado por el actuar de la AFP, pero en el presente proceso quedó suficientemente probado que la AFP agotó todos los requisitos legales para darle validez a la afiliación y si bien el demandante indicó de cierta forma que su empleador le dio el formulario de afiliación para trasladarse de régimen pensional, la AFP no podía negarse a aceptar al demandante en el régimen de ahorro individual, por cuanto no tenía la competencia para rechazar el traslado, y el demandante solo hasta este proceso reprochó la afiliación y la validez de la misma, pero antes no presentó queja o reclamo, y en cambio, decidió permanecer durante todo este tiempo en el RAIS, precisando que, el demandante ratificó la firma del formulario el cual es completamente valido y era el único documento necesario para efectos de celebrar ese acto jurídico.

En cuanto a la orden que se emitió a la AFP de pagar una pensión de vejez, expuso que la misma desconoce el ordenamiento jurídico porque las normas laborales o en general del sistema de seguridad social son claras en establecer que los dos regímenes pensionales son excluyentes y tienen sus reglas propias para efectos de liquidar las prestaciones económicas, y en ese sentido no es procedente pagar una pensión según reglas que no la regulan.

Refirió que no es dable que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la información que se le dio al demandante fue suficiente y durante la afiliación se puso a disposición del demandante todos los canales de comunicación que contaba Porvenir.

Y respecto de las costas procesales señaló que, la entidad ha actuado en todo momento de buena fe acorde con la normatividad vigente y en el caso del demandante se cumplieron todos los presupuestos legales para la validez de la afiliación.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR al presentar los alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, reiteró los tres aspectos objeto de apelación, a saber: 1) las competencias extra petitas y ultra petitas del juez de instancia no son ilimitadas, 2) declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, 3) condena en costas; insistiendo en que no existen razones fácticas ni jurídicas para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, por lo que pidió que se revoque la sentencia de primera instancia.

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 del traslado de régimen pensional.

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a COLPENSIONES relacionada con la declaratoria de ineficacia y el derecho pensional del actor, 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 de régimen pensional que hizo el actor al RAIS, 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 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 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 de afiliación y 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) y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión, como equivocadamente lo plantea la AFP accionada.

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, 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 expediente digital, se constata que el señor CARLOS MARTINEZ MENA, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, en el año 1991 (PDF 13), y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 2000 (PDF 15 folio 39), fondo privado en donde se encuentra en la actualidad.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar que la AFP PORVENIR no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia en la afiliación del demandante al RAIS, 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 lo 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”*.

De otro lado, sostiene el apoderado judicial de PORVENIR en su recurso de apelación, que el traslado del demandante se dio de manera libre y voluntaria y sin la afectación de ningún vicio del consentimiento.

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.

Tampoco comparte la sala el argumento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR en su recurso de alzada, en el sentido de que el demandante al suscribir el formulario de afiliación, plasmó su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, pues el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual 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, no es de recibo para esta sala.

Por otra parte, el apoderado de PORVENIR expuso en su recurso de alzada que el empleador del demandante fue quien lo motivó a realizar el traslado de acuerdo a lo expresado por el demandante en el interrogatorio de parte.

Pues bien, el actor al absolver el interrogatorio de parte dijo que cuando se reintegró a laborar luego de un despido injustificado, su empleador le pidió actualizar la información de su hoja de vida y en ese momento estaban unas personas del fondo, quienes le entregaron el formulario de afiliación, por lo que él procedió a firmar el documento sin recibir ni en ese momento ni después, ningún tipo de asesoría por parte de la AFP PORVENIR.

Con base en lo descrito, y contrario a lo afirmado por la parte recurrente, de lo que se extrae de la declaración del actor, es que la AFP no cumplió con la

carga procesal de información, por lo que para la sala, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP, quien tampoco acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al demandante un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

Así las cosas, esta sala recalca la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

Sin embargo, al apoderado apelante de la AFP PORVENIR S.A., le asiste razón en el reproche general que le hace 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 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 del apoderado apelante en este aspecto, 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 PORVENIR 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.

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

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 la AFP PORVENIR S.A., faltó a su deber legal de asesoría cuando el actor se trasladó a dicha entidad en el año 2000. Y, **REVOCARÁ** el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **CARLOS MARTINEZ MENA**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la PORVENIR S.A. entendiéndose, por tanto, que el demandante siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

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.

Por otra parte, serán **REVOCADOS** los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que la AFP PORVENIR causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP PORVENIR S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez al demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES; para en su lugar, ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, que traslade a COLPENSIONES, los siguientes conceptos: **i)** El capital ahorro en la cuenta individual del demandante **CARLOS MARTINEZ MENA**; **ii)** Los rendimientos generados. **iii)** Los dineros cobrados por concepto de cuotas de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado. **(iv)** Los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte. En el evento de que dentro del período de afiliación se realizarán descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones**. Todos estos conceptos se deben trasladar debidamente **indexados**, y **(v)** El aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

Lo anterior, 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

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.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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...”*.

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)*

A modo de conclusión, para esta Sala es indispensable que la AFP traslade a Colpensiones en los eventos que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, los siguientes conceptos: **i)** la cuenta de ahorro individual, **ii)** los rendimientos financieros o frutos e intereses, **iii)** los gastos de administración, que encuentran su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, **iv)** y, finalmente los fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior por cuanto se impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante.

Así, es claro entonces que, al regresar las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que el actor suscribiera su traslado al RAIS, debe girarse todos los conceptos cobrados por la administradora del régimen privado, debidamente indexadas, incluso completando dichas sumas y su actualización de su propio patrimonio, teniendo en cuenta que se trata de dineros que pertenecen a la cotización del asegurado, y que esta no dio lugar a la ineficacia.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, relativos a que se revoque la condena en costas procesales, considera este Colegiado que, no le asiste razón al recurrente, pues justamente fue el fondo privado que generó la ineficacia del traslado de régimen pensional, por falta del deber de información al demandante y además la entidad, 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.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA 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 el señor CARLOS MARTINEZ MENA, cuando éste se afilió al RAIS, declarando que el demandante sigue inmerso en el régimen de prima media con prestación definida, pero a cargo de la administradora de pensiones PORVENIR S.A, **para, en su lugar, DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **CARLOS MARTINEZ MENA**, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la PORVENIR S.A. entendiéndose, por tanto, que el demandante siempre ha permanecido afiliado 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, y 10º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en los que se declaró que la AFP PORVENIR S.A causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante CARLOS MARTINEZ MENA, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP PORVENIR S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez al demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES; para en su lugar; **ORDENAR a PORVENIR S.A.**, que proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, los siguientes conceptos: **i)** El capital ahorro en la cuenta individual del demandante **CARLOS MARTINEZ MENA**; **ii)** Los rendimientos generados. **iii)** Los dineros cobrados por concepto de cuotas de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado. **(iv)** Los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte. En el evento de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones**. Todos estos conceptos se deben trasladar debidamente **indexados**, y **(v)** El aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

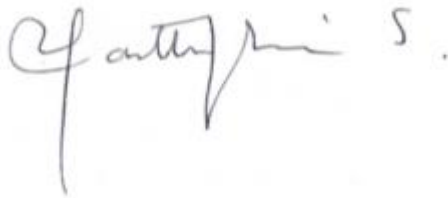
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado.

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



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA