

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ZULUAGA ARANGO
DEMANDADOS	PORVENIR- PROTECCIÓN- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-023-2020-00293-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona, Confirma

Medellín, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA, y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **JUAN CARLOS ZULUAGA ARANGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 010**, 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 Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 27 de octubre 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 entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1985, posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1995 y luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN en el año 2000, entidad en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor comercial del RAIS no le brindó una correcta asesoría acerca de los beneficios y defectos de cada régimen suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendido para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las 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, 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 13) del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; propuso las excepciones perentorias que denominó: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS*”

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también descorró el traslado de la acción, según se observa en el PDF 15 del expediente digital. La entidad negó los hechos

de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE.*

PROTECCIÓN S.A., igualmente describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 06 del expediente digital. La entidad 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 DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL RAIS, 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”.*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 27 de octubre de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el traslado de **JUAN CARLOS ZULUAGA ARANGO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS., en consecuencia, declaró que el demandante siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPMPD que es administrado actualmente por COLPENSIONES.

Ordenó a la **AFP PORVENIR y a PROTECCIÓN**, a trasladar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia trasladen con destino a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del señor JUAN CARLOS ZULUAGA ARANGO incluidos los rendimientos financieros, pero además de ello también las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados. Así mismo, advirtió a **PORVENIR S.A y PROTECCION S.A** que, al momento de cumplir 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.

A COLPENSIONES le ordenó a recibir los aportes que PORVENIR S.A y PROTECCION S.A les remitan, convertirlos a semanas efectivamente cotizadas

por el actor, actualizar su historia laboral y tenerlo por afiliado al RPM sin solución de continuidad.

Condenó en costas procesales a cargo de las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN y se abstuvo de imponer condena a cargo de COLPENSIONES.

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

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., quien arguyó que no hay lugar a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, por cuanto para la fecha en que el actor se trasladó, él mismo suscribió un formulario de afiliación que cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 11 del Decreto 693 del año 1994, formulario revisado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de supervisar a los fondos privados, además el demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó que su traslado se dio de manera libre y voluntaria por lo que no hay lugar a que se aplique de manera extensiva las implicaciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993.

Igualmente resaltó que el actor aseguró que el traslado se dio de manera acompañada por un asesor comercial de la AFP, y le habló de las características propias del RAIS, como la generación de rendimientos financieros, y, por tanto, debe concluirse que el traslado del actor se dio de manera libre y voluntaria, acompañada e informada por parte de la AFP. Que el demandante también aseguró en su interrogatorio de parte que lo motivó a iniciar este proceso no por una inconformidad de la manera como la AFP ha administrado sus recursos, sino que la misma radica en el cumplimiento de una expectativa sobre el eventual monto de la mesada pensional que recibiría en el régimen de ahorro individual.

Refirió que, para el momento del traslado del actor no era necesario realizar proyección de la mesada pensional de los afiliados, toda vez que ello

nació con las obligaciones del buen consejo que empezó a regir a partir del año 2010. Que se debe tener en cuenta el principio de legalidad y de irretroactividad de la norma a efectos de evaluar el cumplimiento del deber de información, precisando que, la naturaleza jurídica del traslado de régimen pensional da cuenta como un afiliado quiere que se administren sus los recursos y no cuanto será su mesada pensional, toda vez que resulta inadmisibile equiparar como los regímenes pensionales liquidan, financian y reconocen las prestaciones económicas por vejez.

Pidió que se tenga en cuenta que los eventuales afiliados deben tener un mínimo de diligencia y cuidado, las cuales en este caso brillan por su ausencia, por cuanto el demandante no se preocupó por su situación pensional, no se acercó a las oficinas, no hizo preguntas al momento del traslado y es en ese sentido que el mismo no puede beneficiarse de su propia culpa.

Expuso que, en el evento de confirmarse el fallo de primera instancia, se revoque la condena a trasladar a Colpensiones los rendimientos y aportes o rubros en la cuenta de ahorro individual, toda vez que con la prueba documental obrante en el expediente dichos rubros ya fueron trasladados hacia la AFP PROTECCIÓN.

Igualmente solicitó que se revoque la orden de trasladar los descuentos legales por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues estos rubros cumplieron con la disposición normativa establecida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, haciendo las gestiones pertinentes. Que las cuotas de administración permitieron generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual y las primas de seguros previsionales se pagaron de buena fe a una aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y muerte. Qué estos descuentos también son realizados en el RPM, por lo que los mismos no constituirían el capital que financiaría la mesada pensional del actor en el régimen público de pensiones.

Solicitó a su vez, que se revoque la condena de los conceptos de manera indexada, porque al ordenarse el traslado de los rendimientos financieros, se compensaría la pérdida del valor adquisitivo, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, y la decisión estaría en contravía del principio de congruencia y el principio de seguridad jurídica.

Concluyó solicitando que se revoque la condena en costas procesales argumentando que, no hay lugar a declararse la ineficacia, dado que la AFP

cumplió con el deber de información para el momento del traslado, y además ha obrado de buena fe cumpliendo con las disposiciones normativas vigentes para el momento en que el actor se trasladó al régimen pensional.

Alegatos de Conclusión:

A la doctora MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA, portadora de la tarjeta profesional 359.508 del C. S. de la J. obrando como abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien obra como apoderada y representante legal de la AFP PORVENIR S.A., se le reconoce personería en los términos del poder conferido.

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR**, reiteró los aspectos objeto de recurso de apelación, a saber: **1)** Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. **2)** La condena consistente en trasladar a Colpensiones las cuotas administración, las primas previsionales y los porcentajes del FGPM, debidamente indexados. **3)** Condena en costas a cargo de la AFP; 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.

Por su parte, el **apoderado judicial de Colpensiones** solicitó que se revoque la sentencia del A quo, toda vez que, la afiliación que hizo a la AFP PORVENIR S.A. se efectuó en el ejercicio legítimo del demandante al derecho a la libre escogencia del régimen pensional.

Dijo que, en el evento de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, se ordene a las AFP PORVENIR y PROTECCION a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho y los archivos planos para el respectivo cargué de las historias laborales de quienes se trasladan bajo esta modalidad, toda vez que la entidad requiere verificar dicha información y estos reportes son enviados tiempo después de la devolución de los aportes, imposibilitando así, el cumplimiento a cabalidad de lo ordenado judicialmente.

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 el apoderado judicial de la AFP PORVENIR en su recurso de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia del traslado del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el demandante **JUAN CARLOS ZULUAGA ARANGO**, inicialmente se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1985 (PDF 14 folio 261), y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 1995 (PDF 15 folio 25), y luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN, en el año 2000 (PDF 6 folio 48) entidad en donde se encuentra afiliado actualmente.

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

Ahora bien, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, argumenta en su recurso de alzada que la entidad demandada cumplió 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.

Por otra parte, sostiene el apoderado judicial apelante que el traslado del demandante se dio de manera libre y voluntaria.

Con relación a 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 recurrente, en el sentido de que, al 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 incontestable 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 judicial de PORVENIR expuso en su recurso de apelación que, para el momento en que el demandante se trasladó, la AFP le

brindó una información completa, pues se le ilustró sobre características propias del régimen de ahorro individual.

El demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó:

“Mi traslado a Porvenir, se debió porque un ex compañero de estudio me hizo un asesoramiento, y me expuso que tendría mejores dividendos y el cambio de AFP se hizo de manera rápida. Se habló en ese tiempo de un aumento en corto plazo. No me habló de poder hacer aportes voluntarios. En el momento me trasladé de manera voluntaria. Distinto al formulario no me dieron nada más.”

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, instruyendo al demandante sobre las características de ambos regímenes pensionales, 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.

En lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de PORVENIR respecto a que en el trámite del proceso quedó probado que el actor la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. Por lo demás, lo dicho por el actor en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud del actor se hace sólo por las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los contornos del buen consejo, al momento de la afiliación o traslado de régimen, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de ese acto jurídico.

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.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **JUAN CARLOS ZULUAGA ARANGO**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud del recurso de apelación y por la competencia que en Grado Jurisdiccional de Consulta dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante, aspecto que también es cuestionado por el apoderado de la AFP PORVENIR.

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. pidió que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual del asegurado. Resaltó que la AFP pagó en su momento las primas previsionales generando cobertura en favor del demandante frente a 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.

Las órdenes dadas por el juez de primer grado se justifican desde el punto de vista de que a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación del asegurado y para todos los efectos legales lo tenga afiliado al fondo público sin solución de continuidad.

Ahora, se le reitera al apoderado apelante, respecto a su inconformidad en este punto que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar **los gastos de administración** y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a

devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que el actor haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo, 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 el fondo, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

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

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

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

En lo que concierne a los **aportes al fondo de garantía de pensión mínima**, debe decirse que se tratan de aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, y al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben

ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016¹,

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)

Y con respecto a la **indexación**, que es también punto de apelación este colegiado acoge la medida de actualización monetaria reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, recogiendo en consecuencia cualquier otra interpretación en sentido contrario que se hubiere sostenido en el pasado.

A modo de conclusión, para esta Sala es indispensable que las AFP trasladen 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.

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 este colegiado **ADICIONARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ORDENAR que las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN**, trasladen a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo que se deberá retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

¹Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

De otro lado, se acogerá la solicitud del apoderado apelante y, en consecuencia, se **REVOCARÁ** parcialmente el citado **numeral tercero** de la sentencia, que ordenó a la **AFP PORVENIR** trasladar la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros del demandante, como quiera que los mismos ya fueron trasladados a la AFP Protección al momento en que el actor realizó el traslado horizontal entre fondos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Igualmente, se **REVOCARÁ** parcialmente el citado numeral tercero, que ordenó a la **AFP PORVENIR** a trasladar a COLPENSIONES, los aportes de fondos de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado, acogiendo la petición del apelante, pues esta obligación debe ser únicamente ordenada al último fondo donde se encuentre afiliado el actor, que en este caso corresponde a la AFP Protección, en acatamiento de lo dispuesto en la normativa que viene de citarse.

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

Sin costas procesales en esta instancia, tras haber prosperado parcialmente los argumentos de la apelación presentada por el apoderado de la AFP PORVENIR.

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: ADICIONAR, el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de ORDENAR que las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN**, trasladen a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo

que se deberá retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el citado **numeral tercero** de la sentencia, en cuanto ordenó a la AFP PORVENIR trasladar la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros del demandante, conforme a lo explicado en la parte motiva.

Igualmente, **REVOCAR** parcialmente el citado numeral tercero, en cuanto ordenó a la **AFP PORVENIR** trasladar a COLPENSIONES los aportes de fondos de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado, según a lo indicado en la parte considerativa.

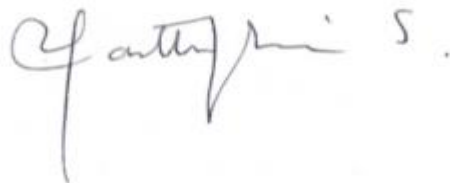
TERCERO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, conforme a lo señalado en precedencia.

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