

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MIRELLA LILIANA PAREDES GÓMEZ
DEMANDADOS	PORVENIR - PROTECCIÓN- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-009-2022-00160-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona, Revoca, Confirma

Medellín, veintiséis (26) de abril 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 la señora **MYRIAM SORAYA ROJAS VERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 014**, 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 Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 06 de febrero de 2024; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante nació el 08 de septiembre de 1964 y actualmente tiene 57 años de edad. Que se afilió al RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales –ISS- (hoy día Colpensiones) desde el año 1986 y que luego se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR en el año 1997, y después, en el año 2004 regresó a COLPENSIONES y más tarde, esto es, en el año 2010, se trasladó a la AFP PROTECCION S.A. entidad en donde se encuentra afiliada actualmente.

En punto de las circunstancias del traslado de régimen pensional se indicó que, en el año 1997, la parte demandante por NO recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A., en el año 2004 regresó a COLPENSIONES y por los mismos móviles anteriores, en el año 2010 suscribió formulario de traslado con PROTECCION S.A. trasladándose así al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que la parte demandante se afilió a los fondos privados demandados ya que, por la falta de información de las administradoras, consideró que el Régimen de Ahorro Individual le era mucho más beneficioso que el de Prima Media con Prestación Definida. Que el promotor o asesor de los fondos privados demandados, encargados de la afiliación y traslado de la demandante, no contaban con título ni formación profesional, o con capacitación adecuada alguna, que los acreditara o les permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente a la actora para tomar la decisión de trasladarse.

Sostuvo además que, la falsa expectativa creada por los asesores de los fondos privados y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral le ha causado a la parte demandante un gran impacto emocional, manteniendo un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener y a su núcleo familiar.

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, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

Igualmente solicitó que se condene a los fondos privados demandados al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales se estimó en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o la suma que el juez considere.

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 05) 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 ACEPTAR EL TRASLADO DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD JURIDICA DE CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 17 del expediente digital. La entidad negó los hechos de la demanda, y, particularmente respecto de las condiciones del traslado dijo que la entidad informó a la parte demandante en relación con las condiciones y características del régimen pensional, el régimen de transición y, asimismo, sobre los bonos pensionales y los requisitos y condiciones para acceder a una pensión. Que la actora recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional). Precisó además que la AFP cuenta con un departamento especializado donde capacita a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales en lo referente al Sistema General de Pensiones, para que puedan explicar de manera clara, suficiente y veraz las características de su portafolio de servicios, siendo finalmente el afiliado quien elige vincularse o no al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Dijo además que, la demandante suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria. Que, al suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó

en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre. Que la suscripción del formulario de vinculación no puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía sin ninguna consecuencia, en cuanto corresponde a una exigencia normativa que, por lo tanto, no puede ser ignorada, como tampoco pueden ser desconocidos los efectos que produce. La entidad formuló las excepciones de previa de: *“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES”* y como excepciones de mérito: *“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., también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 10 del expediente digital. Especialmente resaltó la entidad que, no es cierto que la demandante no se le hubiese dado información técnica y adecuada por parte de la AFP, toda vez que se le brindó una asesoría adecuada y la mejor experiencia frente a la entidad, por lo que la decisión de la demandante de vincularse al RAIS fue totalmente, libre, exenta de cualquier fuerza o constreñimiento, voluntaria y en igual sentido, libre de cualquier vicio del consentimiento lo cual se materializó en el formulario de vinculación inicial. Que a la demandante se le asesoró respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, La entidad formuló las excepciones de mérito que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, 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, 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, FALTA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL”*

En la audiencia inicial, la A quo negó la excepción previa de inepta demanda.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 06 de febrero de 2024, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación al RAIS de la señora MIRELLA LILIANA PAREDES GÓMEZ, en consecuencia, declaró que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

Condenó a la **AFP PORVENIR S.A.** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de MIRELLA LILIANA PAREDES GÓMEZ con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, y bonos pensionales si se hubieren redimido deberán ser anulados y devuelto a la cartera ministerial. Así mismo, y con cargo a sus propios recursos, ordenó trasladar indexados, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, en caso que aún no lo hayan hecho. Al momento de cumplirse estas órdenes, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Condenó a **COLPENSIONES** a recibir de la AFP PORVENIR S.A. y de la AFP PROTECCIÓN S.A., los valores aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la señora MIRELLA LILIANA PAREDES GÓMEZ en el RPM, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados en proporción al tiempo de vigencia de la afiliación a esa administradora de pensiones privada.

Absolvió a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. de los demás cargos formulados en su contra, respecto al pago de perjuicios.

Declaró no probadas ni prosperas las excepciones de mérito propuestas por las codemandadas.

Y, condenó en costas procesales a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., fijándose agencias en derecho la suma de \$1.300.000. Sin costas a cargo de COLPENSIONES ni de la AFP PORVENIR S.A.

La A quo en la fijación del ligio y en la sentencia centró la Litis respecto de la solicitud de declaratoria de la ineficacia, y para ello desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, insistió sobre 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.

De otro lado, la A quo negó las pretensiones relativas a la indemnización de perjuicios reclamados aduciendo que los mismos son procedentes pues en el caso en concreto no se demostraron.

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 solicitó que se revoque todas las condenas a dicha AFP.

Expuso el recurrente que, PORVENIR cumplió con su deber de información para la fecha en que se hizo el traslado, pues para dicha data solo se hacía exigible a los fondos la suscripción de un formulario de afiliación y no era obligatorio guardar soportes adicionales relacionados con la asesoría relacionados con el formulario de afiliación que fue remitido con la contestación de la demanda, por lo que no es dable exigir actuaciones que la entidad no estaba obligada hacerlo, y por tanto, el formulario no puede ser visto como un requisito formal o una información vacía sin ninguna consecuencia, pues corresponde a una exigencia normativa que no puede ser ignorada ni se puede desconocer sus efectos.

Agregó además que, en el proceso quedó demostrado la expresión de voluntad inequívoca de la demandante al momento de afiliarse a Porvenir, máxime que la actora estuvo afiliada al fondo por varios años y no efectuó ninguna manifestación al fondo respecto de lo sucedido al momento de la afiliación y de la administración realizada a sus aportes, razón por la cual el acto de traslado es completamente valido, pues no se observa vacío o vicio que lo invalide y durante la vinculación con el fondo tuvo varias oportunidades para revertir su decisión y pese a ello omitió su decisión de trasladarse e incluso la demandante realizó un traslado horizontal entre fondos, lo que demuestra su convicción de permanecer en el RAIS, pues una vez volvió a Colpensiones decidió volver al esquema del RAIS, y la demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó que su motivación para trasladarse es el factor económico y no el deber de información que se alega en la demanda y la actora también aceptó que la AFP no incurrió en engaño al momento de su afiliación, pues ello se debió a un error en recursos humanos de la empresa.

Respecto a la condena de trasladar los rendimientos financieros, dijo que, aquellos desbordan los efectos de la declaratoria de la ineficacia, y tampoco es

procedente el traslado de las cuotas de administración y el seguro previsional, por cuanto los primeros son los gastos que empleó la AFP para generar un mayor rendimiento financiero los cuales en el caso de la demandante superan ampliamente los recursos acumulados que aquella hubiese obtenido en el RPM y los segundos, por cuanto en el tiempo en que se mantuvo la vinculación de la demandante a la AFP, se le garantizó la cobertura del seguro previsional, la cual estuvo a cargo de la compañía aseguradora que tenía contratada la AFP, motivo por el cual dichos dineros ya no se encuentran en poder del fondo.

Indicó igualmente que, tampoco comparte la orden de retornar los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos de la entidad, pues el propósito del fondo no beneficiará al afiliado.

Solicitó a su vez, que se revoque la condena de retornar los conceptos de manera indexada, porque igualmente se impuso la condena a retornar los rendimientos financieros y con estos últimos se compensa la depreciación del poder adquisitivo.

En último lugar, imploró que se revoque la condena en costas procesales por cuanto el actuar de la entidad estuvo revestido de buena fe y no estuvo involucrado en engaño a la demandante y actuó conforme a lo estipulado en la ley.

Alegatos de Conclusión:

La apoderada judicial de la parte demandante al presentar sus alegatos de conclusión, pidió que se conforme íntegramente el fallo de primera instancia al estar acorde con los parámetros expuestos por la línea jurisprudencial de la CSJ.

A la doctora MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA portadora de la T.P. 359.508 del C. S. de la J., se le reconoce personería para representar a la AFP PORVENIR en los términos del poder conferido.

En la oportunidad de ley, la apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, presentó escrito de alegatos de conclusión, reiterando los aspectos objeto de apelación: 1) Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2) La condena consistente en trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, y los bonos pensionales deberán ser anulados en caso que estos se hubiesen expedido. Con cargo a sus propios recursos deberá trasladar

indexado lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional y reaseguro.

Por su parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que no hay lugar a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, ni a que se declare la afiliación a COLPENSIONES, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos en tanto que el demandante efectuó aportes al RAIS, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de Colpensiones.

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 virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta, relacionada con la declarada ineficacia del traslado de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo la 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 1055 de 2022, SL2611-2020, SL4806-2020, 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 la demandante, realizó su afiliación inicialmente a COLPENSIONES el año 1986, luego se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR en el año 1997, posteriormente, en el año 2004 regresó a COLPENSIONES retornando nuevamente al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A en el año 2010, entidad en donde se encuentra afiliada actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PROTECCIÓN- PORVENIR S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la atendieron.

Resalta además la Sala que los fondos privados reconocen que el único medio probatorio con que cuenta para demostrar que cumplieron con su deber de información es el formulario de vinculación, el cual a juicio de esta magistratura contiene una información general de datos del afiliado y no acredita la obligación de las AFP de entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado a elegir «libre voluntariamente» lo cual implica la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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”*.

Por otra parte, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, argumentó 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.

El otro argumento planteado por el apoderado judicial apelante, es que el traslado de la 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, a la 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.

En lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de PORVENIR respecto a que en el trámite del proceso quedó probado que a la actora la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos. Lo dicho por la actora en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud de la misma 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.

Manifestó igualmente el apoderado judicial de PORVENIR en su interés de destruir la ineficacia declarada que, la permanencia de la demandante en el régimen privado implica la voluntad de la actora de permanecer en el RAIS. En el caso en concreto, si bien se corrobora que la demandante luego de que realizó el traslado del RPM al RAIS en el año 1997, retornó a dicho régimen en el año 2004, regresando al RAIS en el año 2010, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley la afiliada estaba obligada a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además

que en este asunto, la AFP no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su afiliación inicial.

En punto de la prueba por interrogatorio de parte absuelto por la demandante, esta Sala resalta algunas las manifestaciones realizadas por la actora:

“Pregunta: Explique las condiciones de tiempo modo y lugar de su traslado a Porvenir-
Contestó: *Eso fue un error en recursos humanos no sé porque, pero pasé de Colpensiones a Porvenir, y luego otra vez a Colpensiones, eso fue un error en la afiliación.*

Pregunta: Expliqué por qué decidió trasladarse luego de Colpensiones a Protección-
Contestó: *En esa época nos ofrecieron muchas cosas y si uno está buscando mejorar, por eso me pasé.*

Pregunta: Durante su vinculación presentó alguna queja en Porvenir- Contestó: *no, aunque una vez estuve allá y la misma niña me dijo que como cambié de fondo, pero no más.*

Pregunta: Usted se sintió engañada por parte de Porvenir- Contestó: *allá fue más bien un error de cotización.*

Pregunta:Cuál es su motivación para retornar a Colpensiones- Contestó: *Me pensiono mejor en Colpensiones”*

En consideración a lo expuesto, a juicio de este Colegiado, **valorada la prueba en su conjunto**, se concluye que los dos traslados de régimen pensional que hizo la demandante del RPM al RAIS, son ineficaz. Con relación al primero traslado que hizo la actora de Colpensiones a PORVENIR, el mismo fondo en su recurso de apelación echa mano de la manifestación de la actora quien adujo que no recibió asesoría y su traslado se debió a un “error” de recursos humanos de la empresa donde laboraba, de lo que se sigue que en efecto la entidad no cumplió con su deber de información y buen consejo y materializó su vinculación a dicha régimen pensional. Con respecto al segundo traslado efectuado por la demandante de Colpensiones a PROTECCIÓN, si bien la actora en su interrogatorio alude que le ofrecieron “cosas para mejorar”, tampoco se advierte que la misma hubiese estado precedida de una información clara en cuanto a las características propias de ambos regímenes pensionales.

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 o traslado ausentes 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 de la señora **MIRELLA LILIANA PAREDES GÓMEZ**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar **los gastos de administración** y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa 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 afiliada la actora.

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...”*

El traslado de los descuentos tampoco está 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 lo que corresponde a la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL3202-2021 y SL3199-2021.

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

En lo que concierne a los **aportes al fondo de garantía de pensión mínima**, que son justamente cuestionados en la apelación, 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, con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media.

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 relación a **la indexación**, también cuestionada en la apelación, esta sala 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.

A modo de conclusión, para esta magistratura 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 aportes destinados al 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 advierte que se deberá ADICIONAR el **numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de advertir que las **primas de reaseguros de Fogafín**, que se ordenó a laS AFP PROTECCION Y PORVENIR trasladar a COLPENSIONES debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio, se deberá retornar 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 **REVOCARÁ** parcialmente el citado **numeral segundo**, 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 la actora, que en este caso corresponde a la AFP Protección, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

De otro lado, no procede la súplica del apoderado apelante, en el sentido de que se revoque las costas procesales, como quiera que la sentencia de primera instancia solo impuso dicha condena a la AFP PROTECCIÓN y se abstuvo de imponerlas a cargo de PORVENIR y de COLPENSIONES, conforme se corrobora tanto en el acta del fallo que guarda plena correspondencia con lo indicado por la A quo en la audiencia (minuto 1.01.34)

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la AFP PORVENIR S.A., teniendo en cuenta la desventura parcial de su recurso de alzada (Numeral 1º del Artículo 365 del CGP), dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, en favor de la actora **MIRELLA LILIANA PAREDES GÓMEZ**, medio salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024.

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 segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de advertir que las **primas de reaseguros de Fogafín**, que se ordenó a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio, se deberán retornar por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

REVOCAR parcialmente el citado **numeral segundo**, 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.

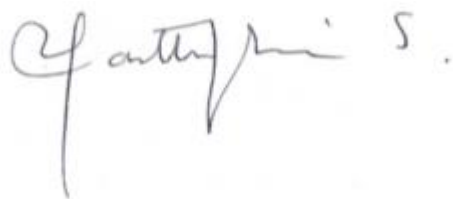
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: Costas procesales en esta instancia, a cargo de la **AFP PORVENIR**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, en favor de la actora **MIRELLA LILIANA PAREDES GÓMEZ**, medio salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024.

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

QUINTO: 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