

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

| APELACIÓN - SENTENCIA | |
|-----------------------|--|
| DEMANDANTE | JOHN JAIRO GIRALDO GRANDA |
| DEMANDADOS | PORVENIR- PROTECCION-COLPENSIONES |
| RADICADO | 05001-31-05-017-2023-00256-01 |
| MAGISTRADA PONENTE | MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO |
| TEMA | Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional |
| DECISIÓN | Adiciona, 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 el señor **JOHN JAIRO GIRALDO GRANDA** 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 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 Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 13 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 el demandante se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales administrado hoy por COLPENSIONES, y luego se trasladó a la AFP PORVENIR y posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCIÓN, 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 administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas a 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.

Por otra parte, el apoderado judicial de la parte demandante el 15 de agosto de 2023, solicitó la reforma a la demanda, petición que fue negada por el despacho en providencia del 31 de agosto de 2023, visible en el pdf 11.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada PDF 10 del expediente digital), aceptó como cierto que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación de servicios, conforme se desprende de la historia laboral. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; propuso las excepciones perentorias que denominó: “CARGA DINÁMICA DE LA

PRUEBA –INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN- SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES. INDEXADOS, PRESCRIPCIÓN, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACION”

PORVENIR S.A. igualmente contestó la demanda, de acuerdo al pdf 09 del expediente digital. La entidad negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“VALIDEZ Y EFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS E “INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1746 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS, GASTOS DE COMISIÓN Y PRIMAS DE SEGURO, PAGO, COMPENSACION, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE”*

PROTECCION hizo lo propio y contestó la demanda según se advierte en el pdf 10, aceptó la vinculación del demandante y se opuso a la prosperidad de las suplicas del actor, planteando a título de excepciones de mérito: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER 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, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, DEVOLUCIÓN DE SUMAS QUE SE LLEGAREN A CANCELAR POR RECONOCIMIENTO DE PRESTACIÓN ECONOMICA EN EL RAIS”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 13 de febrero de 2024, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación que hizo el señor JOHN JAIRO GIRALDO GRANDA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR y su tránsito posterior a PROTECCIÓN.

Condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar con destino a la COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual del señor JOHN JAIRO GIRALDO GRANDA, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima.

Ordenó a **COLPENSIONES**, proceder con el recibo de los dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral del demandante y a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Igualmente ordenó a **PORVENIR** a trasladar con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que estuvo el mismo afiliado.

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

La A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la 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 la apoderada judicial de la AFP PORVENIR quien argumentó que, la sentencia no tuvo en cuenta la declaración del demandante, pues éste al absolver el interrogatorio de parte confesó que realizó su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, aunque no recordó muy bien la firma del formulario de vinculación, y aceptó que la firma era evidentemente de él.

Expuso además que el demandante no cumplió con la carga como consumidor financiero de acudir a los canales de información que tenía para el efecto la AFP, y no puede trasladársele a la entidad la culpa de dicha pasividad.

Sostuvo a su vez que, el formulario de vinculación contiene los requisitos mínimos de ley y corresponde a la pre-forma adoptada por la Superintendencia Financiera lo cual hace que el formulario goce de plena validez. Que, la AFP tenía la obligación de brindar toda la información al demandante mas no de dejar constancia por escrito, ni mucho menos realizar proyecciones financieras.

A lo anterior agregó que, del mismo interrogatorio de parte absuelto por el actor se desprende que su inconformismo es de índole económico y su futuro pensional, sin que ello dé lugar a configurar algún vicio del consentimiento.

Que la ineficacia declarada, atenta con el principio de buena fe en particular respecto de los actos propios pues no solo desconoce la suscripción del formulario de vinculación sino la realización de aportes.

De otro lado y con relación a los seguros previsionales y los aportes de garantía de pensión mínima dijo que se trata de descuentos autorizados por la ley y que respecto de los primeros son destino a las aseguradoras con el propósito que ante un eventual siniestro por invalidez o sobrevivencia entren a cubrir la suma adicional, y que, en ese sentido, ordenar el traslado de dichos conceptos, representaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones y en detrimento de Porvenir. Que, frente a los gastos de administración, los mismos se encuentran autorizados legalmente como contraprestación a la gestión desplegada por la entidad tendientes a rentar esos dineros en la cuenta de ahorro individual del afiliado y son dichas gestiones las que hacen rentar dicho capital.

Alegatos de Conclusión:

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, solicitó que se revoque la sentencia de primer grado, específicamente las condenas impuestas a la AFP, por las siguientes razones:

Dijo que en el proceso quedó plenamente probado que PORVENIR cumplió a cabalidad con el deber de asesoría e información según la normatividad vigente para la fecha en la cual el demandante se trasladó de régimen. Que, en efecto, está probado que dicha AFP le explicó al demandante las características propias del RAIS, sus diferencias frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las consecuencias derivadas del traslado de régimen con base en la normatividad vigente para tal fecha y que, con base en dicha información, el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, tomó la decisión de vincularse al RAIS.

Que también quedó probada la voluntad del demandante de continuar afiliado al RAIS, al no haber ejercido su derecho al retracto, al haber efectuado cotizaciones por más de 23 años. Así mismo, también hay evidencia de que para la fecha en la cual el demandante tomó la decisión de trasladarse nuevamente al

RPM ya se encontraba inmerso dentro la prohibición contenida en el literal e) del artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Que sin perjuicio de lo anterior, y en el evento en el cual el Tribunal llegare a confirmar la nulidad o ineficacia del traslado del demandante al RAIS, con base en lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., se revoque la condena consistente en trasladar la totalidad de los rendimientos financieros, los descuentos al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, los gastos de administración y comisiones, debido a que dicha condena desconoce el hecho de que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y que constituyen un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia.

Pidió a su vez que se modifique la sentencia en el sentido de autorizar a Porvenir a descontar las restituciones mutuas a que haya lugar, pues sin importar la causa que haya dado origen a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, se debe reconocer a Porvenir las expensas de los gastos que la misma realizó en favor del demandante, en procura de generar dichos rendimientos, bien sea i) descontando el porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que la parte actora estuvo vinculada a la AFP o bien ii) pagando el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos. En cuanto a las primas de reaseguro con destino al FOGAFIN, manifestó que fueron pagadas a dicha persona jurídica, autónoma, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, por lo tanto, no hacen parte del patrimonio de la AFP, ni de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Que lo propio sucede con las primas de los seguros previsionales que han pagado las AFPS a las aseguradoras; con el fin de financiar las pensiones de sobrevivientes e invalidez de sus afiliados. Con relación con el porcentaje destinado a la cuenta especial del FOGAPEMI, siempre se traslada a COLPENSIONES, pero no con cargo al propio patrimonio de las AFPS sino con cargo a la cuenta especial; por lo cual, es injusto que se obligue a la AFP a asumir un doble pago por el mismo concepto.

Frente a la condena en costas procesales adujo que está en total desacuerdo, ya que PORVENIR, actuó con base en la normatividad vigente al momento en que el demandante se trasladó de régimen, y que la facultad y competencia para declarar la ineficacia de un traslado recae, de forma exclusiva, en la Justicia Ordinaria.

Por otra parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES, resaltó que en el caso del demandante se presenta una imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, y el demandante solicitó el traslado posterior al cumplimiento de la edad limítrofe establecida, por un descuido imputable al mismo.

En hilo pidió que se declare improcedente las peticiones de la demanda por no ser procedente la ineficacia invocada y en segundo lugar, de forma subsidiaria solicitó que en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora, incluyendo con ellas las devoluciones de los gastos de administración así como todo lo descontado por pólizas provisionales debidamente indexado.

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 **JOHN JAIRO GIRALDO GRANDA**, inicialmente se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales administrado hoy por COLPENSIONES en el año 1990 (PDF 1 folio 36), y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 2000 (PDF 09 folio 61), y luego se trasladó a PROTECCIÓN, en el año 2008 (PDF 1 folio 40) entidad en donde se encuentra afiliado actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la 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”*.

Por otra parte, la apoderada 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 la apoderada judicial apelante, es 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 de la apoderada 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.

En lo concerniente al señalamiento de la apoderada 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 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.

En lo que concierne a la manifestación de la apoderada judicial de COLPENSIONES, al momento de presentar los alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, en el sentido que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Para esta Sala dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación no produjo ningún efecto, al ser ineficaz la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación del demandante al RAIS, el actor queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad

que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse a la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

De tal modo que, 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 **JOHN JAIRO GIRALDO GRANDA**, 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.

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR, solicitó que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual del asegurado, que no pueden trasladarse conceptos distintos a los previsto en la ley, y que, ordenar su traslado generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. 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 y en cuanto a los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, solicitó que no se ordene su traslado con cargo a los propios recursos de la entidad.

Esta sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por el 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 la 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 a la apoderada 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 a la apoderada judicial de la AFP, 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, 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)*

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.

A modo de conclusión, para esta Sala es indispensable que la AFP demandada, 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.**

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala deberá adicionar la sentencia de primera instancia, acogiendo igualmente la súplica de la apoderada judicial de Colpensiones en su recurso de alzada.

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

Igualmente, se **ADICIONARÁ** el enunciado numeral, en el sentido de ORDENAR que la **AFP PORVENIR**, traslade a COLPENSIONES, los seguros previsionales con cargo a su propio patrimonio.

Por otra parte, se acogerá la petición del apoderado apelante y, en consecuencia, 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, 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 el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Igualmente, se **ADICIONARÁ** dicho numeral, ordenando a la **AFP PROTECCIÓN**, que trasladen a COLPENSIONES, las cuotas de administración, los seguros previsionales, y los aportes de garantía de pensión mínima, debidamente **indexados**. Por su parte, la **AFP PORVENIR** deberá trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración y los seguros previsionales, debidamente **indexados**.

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, recogiendo en consecuencia cualquier otra interpretación en sentido contrario que se hubiere sostenido en el pasado.

De otro lado, se **ADICIONARÁ** el citado numeral en el sentido de ordenar a las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN**, que, al momento de cumplir la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación del demandante, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Finalmente, esta sala no se pronunciará respecto al desacuerdo planteado por la apoderada judicial de Porvenir en su escrito de alegatos de conclusión respecto de las costas procesales, como quiera que este aspecto no fue objeto de apelación.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la AFP PORVENIR, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada (Numeral 1º del Artículo 365 del CGP), dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, en favor del actor **JOHN JAIRO GIRALDO**, un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024, equivalente a \$1.300.000.

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 ORDENAR que las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, trasladen a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado, advirtiendo que se deberán retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

ADICIONAR el citado numeral, en el sentido de ORDENAR que la **AFP PORVENIR**, que traslade a COLPENSIONES, los seguros previsionales con cargo a su propio patrimonio.

REVOCAR parcialmente el enunciado numeral, que ordenó a la **AFP PORVENIR** trasladar a COLPENSIONES, los aportes de fondos de garantía de pensión mínima.

ADICIONAR, el citado numeral segundo, a fin de que la **AFP PROTECCIÓN**, traslade a COLPENSIONES, las cuotas de administración, los seguros previsionales, y los aportes de garantía de pensión mínima, debidamente **indexados**. Por su parte, la **AFP PORVENIR** traslade a COLPENSIONES, las cuotas de administración y los seguros previsionales, debidamente **indexados**. Al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación del demandante, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

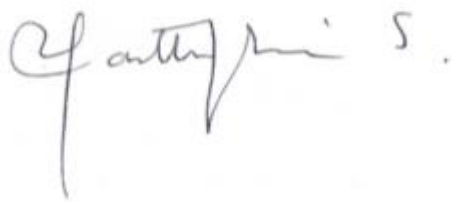
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: Costas procesales en esta instancia, a cargo de la **AFP PORVENIR**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, en favor del actor **JOHN JAIRO GIRALDO GRANDA** un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024, equivalente a \$1.300.000, que pagará la AFP al demandante.

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