

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARTHA ROSAURA REYES ROJAS
DEMANDADOS	PORVENIR - COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-016-2023-00125-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona, Confirma

Medellín, siete (7) de mayo 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 **MARTHA ROSAURA REYES ROJAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **AFP PORVENIR**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 017**, 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 Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 04 de marzo 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 16 de junio de 1966, por lo que en la actualidad cuenta con 56 años de edad. Que inicialmente empezó a cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones y posteriormente se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR, entidad en donde se encuentra actualmente.

En punto de las circunstancias del traslado de régimen pensional señaló que, la AFP no le realizó a la demandante un estudio de rentabilidad, ni una proyección de la pensión tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que la afiliación al RAIS se realizó sin las garantías de una decisión informada. Adicionalmente se indicó que a la demandante no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada en el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se realizó el traslado sin informarle el monto de la mesada pensional en el RAIS y, que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado, concluyendo que así fue como la AFP mediante un engaño, sustentó la decisión de la afiliación en premisas que no se ajustaban a la realidad financiera de la actora.

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 la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, 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 10) del expediente digital), aceptó como cierto la edad de la demandante, su afiliación al RPM y su traslado al RAIS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción y propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 09 del expediente digital. La entidad precisó que a la demandante se le realizó traslado a PORVENIR S.A., el 01 de octubre de 2004, producto de su decisión libre e informada, luego de que recibiera información de manera, clara precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, y también se le mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación Nro. 02148933, fue informada, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 CGP.

Agregó diciendo que, la AFP por medio de sus promotores comerciales, brindaron a la demandante información clara, precisa, veraz y suficiente, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación con la AFP, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada. Además, el contenido de la asesoría brindada a la actora corresponde a la información sobre los beneficios propios de cada régimen.

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las siguientes: *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, RESTITUCIONES MUTUAS”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 04 de marzo de 2024, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación al RAIS de la señora **MARTHA ROSAURA REYES ROJAS** realizada a PORVENIR S.A. el 01 de octubre del 2004. En consecuencia, DECLARÓ que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media.

ORDENÓ a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES, además de los saldos obrantes en la cuenta del RAIS, el porcentaje destinado a los gastos de administración, comisiones 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 desde la fecha de

traslado al RAIS. A la par, al momento de cumplirse esta orden, 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.

Igualmente ordenó a COLPENSIONES a recibir los citados conceptos que traslade y devuelva Porvenir S.A

Para el cumplimiento de estas obligaciones, se concedió un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A.

Y, condenó en costas procesales a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.600.000.).

El 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.

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.

Expuso el recurrente que, no procede declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues contrario a lo dicho por el A quo, el acto jurídico de traslado fue realizado por la demandante de manera libre, voluntaria y espontanea sin que existiera un hecho de un tercero que la obligara, y la AFP le brindó toda la información, esto es, los pro y los contra para afiliarse el 1 de octubre de 2004, y después de 19 años la demandante, no presentó ninguna reclamación, aspecto que no fue tenido en cuenta por el despacho, condenando en costas de manera

exagerada, cuando la demandante no había señalado a la AFP su intención de regresar al RPM ni realizó ningún reproche frente a la afiliación.

De otro lado, y en cuanto a la condena de trasladar los rendimientos y la indexación con cargo a la propia cuenta de la AFP, indicó que al ordenarse la indexación es como imponerle una doble condena a favor de la demandante y en contra del fondo. Que los rendimientos financieros de la demandante corresponden al 33% y al trasladarse esos rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Que inclusive varios Tribunales del país han señalado que hay lugar a la compensación y de acuerdo a la cuenta de ahorro individual de la demandante, sus rendimientos corresponden a \$35.762.201. En hilo de lo anterior indicó que, si se concluye que no se compensa la pérdida del poder adquisitivo, se debió señalar el porcentaje adicional que faltaba y que no compensaba esa diferencia en la indexación.

Reiteró que solicita que se analice el tema de la indexación, pues los rendimientos de la demandante a la fecha de presentación de la demanda corresponden a \$35.762.201, por lo que actualmente pueden ser mucho más, y los mismos compensan cualquier pérdida del poder adquisitivo y si no se compensan en su totalidad, no es procedente la suma plena o total, sino la diferencia que se hubiere presentado entre la suma de rendimiento y lo que se concluya que corresponde, es decir, la proporción.

Manifestó a su vez que, la AFP ha obrado de buena fe y estos temas se han desarrollado vía jurisprudencial, pero no legal, razón por la cual no se puede establecer una mala fe por parte de la AFP, pues para la fecha en que se produjo el traslado de la demandante, no existía la obligación de realizar cálculos o proyecciones, y en cambio la AFP le brindó la información necesaria y adicionalmente se administró los gastos conforme lo determina la ley, y, por tanto, trasladar los gastos de administración junto con los rendimientos financieros resulta incoherente en la forma como el despacho lo está pretendiendo y más aun con cargo a las cuentas propias del fondo, pues es evidente un detrimento en el patrimonio de la AFP, porque ha actuado bajo los términos de la buena fe, se han administrado en debida forma los recursos, como los gastos de administración y las primas para financiar la invalidez y sobrevivencia, pero sobre todo específicamente en cuanto a la indexación de los rendimientos con cargo a la AFP, resulta un poco absurdo pensarlo en el sentido de que con los rendimientos del 33% que a la fecha pueden ser mucho más, compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y por ello, se debió ordenar que con esos excedente

mínimos financieros se compense la condena impuesta con cargo al patrimonio de Porvenir.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, pidió que se revoque íntegramente la sentencia de primer grado, argumentando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado.

También aseveró que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, y que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Aseguró que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

Sostuvo que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la AFP, como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Expuso que los gastos de administración, ni las primas de seguros, corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, concluyendo que ello es razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Adicionalmente, dijo que resulta incongruente ordenar la indexación de los valores ordenados, como quiera que, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, no estuvieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y por contrario, la AFP, con su administración, le garantizó rendimiento a los mínimos establecidos en la ley para el RAIS y muy superiores a los que le hubiera generado el RPMPD, insistiendo que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar.

Para sustentar su desacuerdo dijo el recurrente que el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01, y la sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-0023401; se consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, apeló el recurrente a la decisión adoptada por el Tribunal Superior De Cali Sala Laboral, en el proceso que adelantó el señor JHONJAIR GAVIRIA, en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31-05-2022-00562-01, que, en providencia del 20 de enero del año en curso, indicó: *“Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se REVOCA dicha condena. y en su lugar, se les CONDENA a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”*

Con base en lo anterior concluyó el recurrente aduciendo que, ordenar a la AFP que indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP, a partir del acto jurídico informado que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, solicitó que, en el evento de confirmarse la sentencia de primera instancia, se ordene a la AFP trasladar a la entidad administradora de pensiones, la totalidad de las sumas recibidas por causa de la afiliación sin que pueda retener valores por ningún concepto.

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 la AFP demandada, 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 la demandante realizó su afiliación inicialmente a COLPENSIONES el año 1994 (PDF 10 folio 249), y luego se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR en el año 2004 (PDF 9 folio 69), 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 la AFP convocada a juicio (PORVENIR S.A.) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la 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, 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.

Resalta además este colegiado que el fondo privado reconoce que el único medio probatorio con que cuenta para demostrar que cumplió con su deber de información es el formulario de vinculación, el cual a juicio de esta magistratura contiene una información general de datos de la afiliada y no acredita la obligación de la AFP de entregar información suficiente y transparente que le permitiera a la afiliada a elegir «libre voluntariamente» lo cual implica la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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. Para la Sala, 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.

Manifestó igualmente el apoderado judicial de PORVENIR en su interés de derruir la ineficacia declarada que, durante la permanencia de la demandante en el régimen privado no presentó ninguna reclamación respecto a su traslado. En el caso en concreto, la permanencia de la actora en el RAIS, 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 la demandante MARTHA ROSAURA REYES ROJAS, manifestó lo siguiente:

*“Preguntado: Diga si firmó el formulario de afiliación a Porvenir de manera libre y voluntaria: contestó: si presenté formulario, **mas no de manera libre.***

*Preguntado: Diga si usted recibió toda la información requerida para trasladarse de fondo- Contestó: no señor, **no recibí la información.***

*Preguntado: Explique por qué razón firmó la afiliación- contestó: en ese año de la afiliación el empleador me llevó los formularios para que yo llenara y firmara y eso fue lo que yo hice y en ese momento **no fue un asesor de Porvenir.***

Preguntado: Diga si usted tuvo la oportunidad de verificar el formulario de vinculación- contestó: me dijeron firmé aquí, y firmé todos los documentos necesarios para ese momento. No recuerdo que decían esos documentos, pues ese día firmé contrato de trabajo, salud, pensión y seguridad social y todo lo que requería para

Preguntado: Diga si es cierto o no que por más de 19 años usted no presentó reclamación frente a la AFP- Contestó: no presenté reclamación.

*Preguntado: Diga si para el momento de su traslado le explicaron los pros y los contra, para trasladarse de régimen- Contestó: **no, no me explicaron** en ese momento”.*

De modo que, valorada la prueba en su conjunto, a juicio de esta magistratura el traslado de régimen pensional que realizó la actora al RAIS es ineficaz. Al respecto resalta la Sala que, dicho traslado no fue informado, pues nótese que la parte actora insiste que no recibió información al momento su traslado la cual ni siquiera estuvo precedida de un acompañamiento de un asesor de la AFP, mientras que la AFP fundamenta su defensa en la suscripción del formulario de afiliación, el cual por sí solo no da cuenta que se le hubiese ilustrado a la actora sobre las características de ambos regímenes pensionales, de lo que

se colige que el traslado que hizo la señora MARTHA ROSAURA REYES ROJAS al RAIS a través de la AFP PORVENIR no estuvo precedida de información y buen consejo.

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 **MARTHA ROSAURA REYES ROJAS**, 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 la AFP demandada, 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.

Por otra parte, 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 considera que las sumas objeto de traslado deben contener la indexación pues la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1688 de 2019 ha sido clara en manifestar que además de los rendimientos deben devolverse también los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Igualmente, es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

Así pues, la medida de actualización monetaria es reiterada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, criterio que acoge esta Sala, razón por la cual se mantendrá la decisión de primera instancia en este aspecto.

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 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 ORDENAR que la AFP PORVENIR traslade 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.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR relativos a que el A quo “*condenó en costas de manera exagerada*” considera este Colegiado que, si lo que pretende el apoderado recurrente de la AFP, es controvertir el monto o cuantía de las agencias en derecho, conforme al numeral 5 del artículo 366 del CGP, esta no es la oportunidad procesal para ello.

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 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 **MARTHA ROSAURA REYES ROJAS**, un (1) 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 **ORDENAR** que la AFP **PORVENIR** traslade 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.

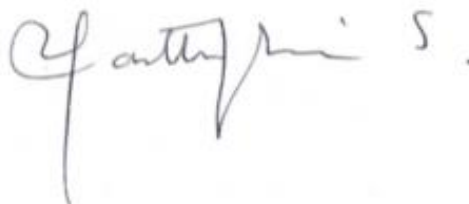
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

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 **MARTHA ROSAURA REYES ROJAS**, un (1) 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