

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - el deber de información es ineludible, 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, 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. /

HECHOS: 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 demandada a trasladar a Colpensiones las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, y aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. En primera instancia se declaró ineficaz el cambio del sistema pensional de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual que realizó el demandante. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP demandada, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

TESIS: (...) SL 1688 del 8 de mayo de 2019. 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”. (...) (...) 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”. (...) 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. (...) (...) Tampoco comparte la sala el argumento del apoderado recurrente, en el sentido de que, al demandante al suscribir el formulario de afiliación, plasmó su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, pues el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es 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. (...) Así las cosas, esta sala recalca la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos. (...) Finalmente, se adiciono a el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de ORDENAR que la AFP PORVENIR S.A., traslade a COLPENSIONES, la prima de reaseguros de Fogafín, con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo que se deberán retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado; también las cuotas de administración, los seguros previsionales, y los aportes de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; en lo demás se confirmó la sentencia de primera instancia.

M.P: MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 08/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARTIN ALBERTO MARIN MONSALVE
DEMANDADOS	PORVENIR- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-014-2022-00280-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona, Confirma

Medellín, ocho (8) 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 **MARTIN ALBERTO MARIN MONSALVE** 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 012**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR y el apoderado de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 26 de enero 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, 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 la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP demandada 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.

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 – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE*

INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPROCEDENCIA DE CONDENAS EN COSTAS, COMPENSACION”

PORVENIR S.A. igualmente contestó la demanda, de acuerdo al PDF 14 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, SANEAMIENTO DE LA EVENTUAL NULIDAD RELATIVA, APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1746 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS, GASTOS DE COMISIÓN Y PRIMAS DE SEGURO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE*”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 26 de enero de 2024, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el cambio del sistema pensional de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual que realizó el señor **MARTIN ALBERTO MARIN MONSALVE**.

Ordenó a la **AFP PORVENIR**, a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro individual del señor MARIN MONSALVE, incluyendo para el efecto los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por seguros previsionales y garantía de la pensión mínima, a partir del 01 de agosto de 1996.

A COLPENSIONES le ordenó a reactivar la afiliación del demandante al RPM, sin solución de continuidad, e incluir en su historia laboral las semanas de cotizaciones sufragadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Igualmente ordenó a Porvenir que comunique dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el contenido de la decisión a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

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

El A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para

acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por los apoderados judiciales de la AFP PORVENIR y por el apoderado judicial de COLPENSIONES.

Apelación de Porvenir: La apoderada judicial de la AFP, solicitó que sea revocada la sentencia en su integridad, argumentando que, contrario a lo que esgrimido el A quo en la parte considerativa de la sentencia, en el proceso quedó ampliamente acreditado que la AFP cumplió con el deber de asesoría para la data en la cual el demandante suscribió el formulario de vinculación en el cual la única obligatoriedad radicaba en documentar el formulario de afiliación el cual reposa en el plenario y no fue objeto de reparo y del mismo emana el consentimiento libre y voluntario del afiliado.

Que el despacho acogió el criterio jurisprudencial de la CSJ, que impone ordenes de manera retroactivas en cabeza de los fondos privados de pensiones, reiterando que, para el momento histórico de realizarse el traslado de régimen pensional, el demandante manifestó con la ejecución de cada uno de sus actos, su interés de permanecer en el RAIS, y quedó demostrado los actos de relacionamiento realizados por el actor por todos los años en que permaneció en el fondo privado, teniendo a su vez la oportunidad de retornar y no lo hizo, resaltando que el actor tenía a su cargo unos deberes que cumplir y que tales circunstancias no puede atribuírsele a la AFP.

Expuso que, lo accesorio sigue la suerte de lo principal y que, al no existir lugar a la declaratoria de la ineficacia del traslado, claramente no habría lugar a la imposición de las condenas emanadas de tal declaración, como trasladar la totalidad de rubros o emolumentos que vía jurisprudencial se ha ordenado. Que específicamente las cuotas de administración operan por mandato legal y corresponden a la contraprestación percibida por cuenta de los fondos privados por haber adelantado gestiones tendientes a engrosar el capital de la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, de lo que se sigue que la orden de trasladado a Colpensiones constituye *per se* un enriquecimiento sin justa causa en favor de dicha entidad administradora y en detrimento del patrimonio de Porvenir. Que los

seguros previsionales surgen por mandato legal y corresponden a esas sumas o porcentajes que de manera mensual son giradas a las aseguradoras para que ante la eventual contingencia por invalidez o sobrevivencia sean estas quienes entren a cubrir la suma adicional para proceder con el reconocimiento y pago de dichas contingencias, por lo que ordenar su traslado también es constitutivo de enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y en detrimento de Porvenir. Que, frente a los aportes de garantía de pensión mínima, esos recursos no se encuentran en las arcas de la AFP sino en el fondo administrado por la nación por lo que la orden de su traslado debió haber ido encaminada a tal fondo pues es a quien le correspondería trasladar dicho concepto a Colpensiones dado que el traslado ordenado a la AFP equivale a un doble pago y constituye una inequidad y va en contra vía de los intereses de la AFP. Que actualmente se cuenta con un 16% que es el porcentaje que debe hacerse como aporte por concepto de pensión del cual se toma el IBL de los trabajadores vinculados a la fuerza laboral.

En último lugar, la recurrente se opuso a la condena en costas procesales señalando que las actuaciones de la AFP han estado ajustadas a derecho con el principio de buena fe constitucional y la decisión de la declaratoria de ineficacia se adopta en virtud de la línea jurisprudencia de la CSJ frente a la cual se aparta, solicitando que se revoque totalmente la sentencia y se ponga costas a la demandante.

Apelación Colpensiones: La apoderada judicial recurrió parcialmente la sentencia arguyendo que no está de acuerdo con el traslado de los aportes que se le ordenó a la AFP, pues se omitió ordenarle que retornara la totalidad de conceptos que se causaron y además la indexación, como lo ha indicado la CSJ, pues sin los mismos se generaría un detrimento a cargo de Colpensiones.

Sostuvo también que el A quo no especificó en el resuelve de la sentencia, que la obligación de Colpensiones está sujeta a una obligación que depende de la gestión de la AFP de anular la afiliación del demandante en el SIAFP como en el aplicativo- mantis, y a su vez, está sujeta a la debida devolución de los aportes y migración de la información por partes de dicha AFP hacia Colpensiones. Que es necesario que se determine de manera explícita que debe cumplir cada fondo por cuanto si bien es importante el traslado de aportes y rendimientos y todo los emolumentos por el tiempo en que el afiliado estuvo en el RAIS, también lo es que se traslade todo el detalle de la historia laboral para que la misma pueda quedar consistente y actualizada en Colpensiones lo cual permitirá reflejar el tiempo efectivamente laborado y cotizado por el trabajador conforme a las sumas devueltas por la AFP.

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 señor Martín Alberto Marín Monsalve 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 27 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.

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 los apoderados judiciales de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES en sus recursos 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 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 el demandante MARTIN ALBERTO MARIN MONSALVE, inicialmente se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1988 (PDF 10 folio 31), y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 1996 (PDF 14 folio 53), entidad en donde se encuentra afiliado actualmente.

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

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de

noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Ahora bien, 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.

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

Con relación a este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión

no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

Tampoco comparte la sala el argumento del apoderado recurrente, en el sentido de que, al demandante al suscribir el formulario de afiliación, plasmó su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, pues el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es 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 la apoderada judicial de PORVENIR en su interés de que se revoque la decisión de primera instancia, que la permanencia del demandante en el régimen privado implica la voluntad del actor de permanecer en el RAIS. En el caso en concreto, si bien se corrobora que el demandante ha permanecido en el RAIS desde el año 1996 a la actualidad y que adujo en su interrogatorio de parte que lo motiva trasladarse a Colpensiones a raíz de la diferencias en su mesada pensional, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley el afiliado estaba obligado 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.

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

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **MARTIN ALBERTO MARIN MONSALVE**, 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 la AFP demandada, esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

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

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 con cargo a su propio patrimonio, 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. Igualmente se niega la súplica, por cuanto la AFP PORVENIR, es el fondo de pensiones en el que actualmente se encuentra afiliado el demandante.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)*

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

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.

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 la **AFP PORVENIR**, traslade a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo que se deberá retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

Igualmente, se **ADICIONARÁ** dicho numeral, ordenando a la **AFP PORVENIR**, que traslade a COLPENSIONES, las cuotas de administración, los seguros previsionales, las primas de reaseguros de Fogafín, y los aportes de garantía de pensión mínima, 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 acogerá la solicitud de la apoderada judicial de COLPENSIONES, en consecuencia, se **ADICIONARÁ** el citado numeral segundo en el sentido de ordenar a la **AFP PORVENIR**, 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, y en cuanto a los argumentos esbozados por la apoderada judicial de la AFP PORVENIR, relativos a que se revoque la condena en costas procesales, considera este Colegiado que, no le asiste razón a la recurrente, pues justamente fue el fondo privado que generó la ineficacia del traslado de régimen pensional, por falta del deber de información al demandante y además la entidad, se opuso férreamente a las pretensiones de la demanda; de tal suerte que en

dicho caso, si resulta pertinente emitir condena en costas, acudiendo al criterio previsto en el art. 365 del CGP.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia 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 **MARTIN ALBERTO MARIN MONSALVE**, un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024, equivalente a \$1.300.000.

No se causan costas procesales a cargo de Colpensiones ante la prosperidad de su recurso de apelación.

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 S.A., traslade a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo que se deberán retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

ADICIONAR, el citado numeral **segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de que la AFP PORVENIR traslade a COLPENSIONES, las cuotas de administración, los seguros previsionales, las primas de reaseguros de Fogafín, y los aportes de garantía de pensión mínima, 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.

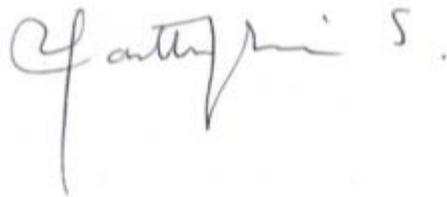
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

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 **MARTIN ALBERTO MARIN MONSALVE** un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024, equivalente a \$1.300.000, que pagará cada una de las apelantes 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