

TEMA: AFILIACIÓN O TRASLADO ENTRE RÉGIMENES - 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. / **OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN DE LAS AFP** - El deber de información es ineludible. / **EFFECTOS DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** - Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior.
/

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 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, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio. La Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el cambio de sistema pensional que realizó la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a efectuar el traslado inmediato de la totalidad de los aportes realizados por la demandante, a COLPENSIONES. Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones. En vista que la decisión de primera instancia fue desfavorable a COLPENSIONES, entidad pública de la cual el Estado es garante de sus obligaciones, esta Sala conocerá a su favor bajo el grado jurisdiccional de consulta. 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.

TESIS: 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. (...) 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”. (...) 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 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...”. (...) 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, iv) y, finalmente los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

M.P. MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

CONSULTA - SENTENCIA	
DEMANDANTE	CLAUDIA MERCEDES TOBON SUAREZ
DEMANDADOS	PROTECCIÓN- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-018-2023-00254-01
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 la señora **CLAUDIA MERCEDES TOBON SUAREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 014**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y SS, respecto de la sentencia que profirió el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 31 de enero de 2024.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante se afilió al entonces Instituto de los

Seguros Sociales y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de 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 atendida 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 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, actualizando su historia laboral, 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 5) del expediente digital), aceptó como cierto la vinculación de la demandante a dicha administradora de pensiones y su traslado a un fondo privado. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“ERRONEA E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 1604 DEL CODIGO CIVIL, DESCAPITALIZACIÓN DEL SISTEMA PENSIONAL, INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION LABORAL, CADUCIDAD, INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ALEGADA, NO PROCEDENCIA AL PAGO DE COSTAS EN INSTITUCIONES ADMINISTRADORAS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ORDEN PÚBLICO”*

PROTECCIÓN S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 06 del expediente digital. La entidad negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, FALTA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 31 de enero de 2024, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el cambio de sistema pensional que realizó la señora **CLAUDIA MERCEDES TOBON SUAREZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS.

Ordenó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a efectuar el traslado inmediato de la totalidad de los aportes realizados por la demandante, a COLPENSIONES conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos, gastos de administración debidamente indexados, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha administradora. De igual modo se ordenó que en al momento del traslado se discriminen todos los valores trasladados indicando ciclos, los IBC, y toda la información relevante que lo justifique.

Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones.

Condenó en costas procesales a la AFP PROTECCIÓN a favor de la demandante, se fijó como agencias en derecho un SMLM.

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

En vista que la decisión de primera instancia fue desfavorable para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, entidad pública de la cual el Estado es garante de sus obligaciones, esta Sala conocerá a su favor bajo el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo señalado en el art. 69 del CPTSS, y lo dispuesto por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

Alegatos de Conclusión:

Al doctor MAURICIO LARA GARCIA portador de la T. P. No. 273006, se le reconoce personería para representar a Colpensiones en los términos del poder sustituido.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** solicitó que, en el hipotético caso de que sea confirmada la decisión de primera instancia, se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones los conceptos de los aportes obligatorios efectuados por la afiliada, esto es, se ordene el traslado de las sumas correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual, los gastos o cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los seguros previsionales, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses, lo concerniente al bono pensional en caso de haberse redimido y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional causados durante el tiempo en que estuvo afiliada la demandante al RAIS debidamente indexadas para que con ello, se evite causar cualquier tipo de perjuicio o detrimento económico en el reconocimiento prestacional a favor de la actora, por ello, se requiere que los dineros trasladados sean totales y suficientes para soportar el financiamiento de una pensión y en ese caso, no se debería permitir a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías demandada guardar o tener en su haber económico algún concepto relacionado con la administración de los recursos ahorrados por la hoy demandante pues tales devoluciones independientemente de que la administración se haya realizado de buena fe, son consecuencia de la declaratoria de ineficacia.

Finalmente solicitó que se condicione la reactivación de la afiliación de la demandante al RPMPD, una vez efectuado en debida forma y sin errores el

traslado de información y recursos por parte de las AFP PROTECCIÓN, pues el pago se debe realizar discriminando el valor que corresponde a cada concepto, por cuanto el pago de una suma única totalizada impide establecer si cada concepto fue satisfecho en debida forma.

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, en atención al **grado jurisdiccional de consulta** que se surte a favor de COLPENSIONES, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena relacionada con la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, y la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

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, inicialmente se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales, y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1994, entidad en donde se encuentra afiliada actualmente.

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

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.

Ahora, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontrastable en el marco de lo que representa, pero de ahí a que se tenga como indicativo de que haya existido asesoría, buen consejo y acompañamiento, no es de recibo para esta sala.

En consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP, quien tampoco acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado a la actora un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

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 de la señora **CLAUDIA MERCEDES TOBON SUAREZ**, 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 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.

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 de la actora 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...”*

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

En lo que concierne a los **aportes al fondo de garantía de pensión mínima**, 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.

Y en relación a **la indexación**, esta sala acoge la medida de actualización monetaria reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

A modo de conclusión, para esta magistratura es indispensable que la AFP traslade a Colpensiones en los eventos que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, los siguientes conceptos: **i)** La cuenta de ahorro individual. **ii)** Los rendimientos financieros o frutos e intereses. **iii)** Los gastos de administración, que encuentran su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: “... *el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.*”, **iv)** y, finalmente los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que este colegiado advierte que se deberá **ADICIONAR** el **numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** que la AFP PROTECCIÓN S.A., 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.

Sin costas en esta instancia al haberse conocido del proceso bajo el grado jurisdiccional de consulta.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR, el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que la AFP PROTECCIÓN S.A., 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.

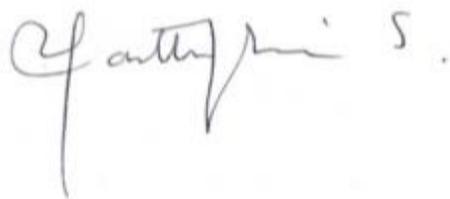
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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