

TEMA: EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - 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. / **DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP** - 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. /

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, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio. El Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz la afiliación que hizo la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), en consecuencia, ordenó el ingreso automático y sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), actualmente administrado por COLPENSIONES. Además del recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., 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. Partirá la Sala en establecer si el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM 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. (...) 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 (...), 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”. (...) 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”. (...) 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.

M.P. MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ
DEMANDADOS	PORVENIR - COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-020-2023-00027-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona, Revoca, Confirma

Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA, y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, las **AFP PORVENIR**.

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

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 09 de febrero de 2024; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante nació el 28 de noviembre de 1970. Que se afilió al RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales –ISS- (hoy día Colpensiones) y que luego se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR, entidad en donde se encuentra afiliada actualmente.

En punto de las circunstancias del traslado de régimen pensional se indicó que, su traslado se efectuó en el momento que se vinculó a la UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA donde el asesor de PORVENIR S.A., reunió a varios compañeros, les brindó una asesoría generalizada, que sus aportes estarían en una cuenta individual, en la cual no correrían ningún riesgo de perderse, ya que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a ser liquidada; además, de la más importante y atractiva oferta, que en esa entidad se podría ofrecerles, la cual consistía en pensionarse anticipadamente; pero que en ningún momento PORVENIR S.A., asesoró personalmente a la demandante.

Sostuvo además que la demandante a junio de 2021 tiene 834 semanas en el régimen de prima media y que sólo le faltan 466 semanas que equivalen a 9 años mediante los cuales puede terminar de cotizar las semanas que le hicieran falta, esto es, para cumplir las 1300 semanas y los 57 años de edad.

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.

Igualmente solicitó que se DECLARE que a la señora PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ le asiste derecho a que, al momento del reconocimiento de su pensión de vejez en el régimen de prima media, le sea aplicado la ley 797 del 2003.

Que se le reconozca y pague a la demandante, los perjuicios materiales ocasionados por PORVENIR, por el hecho de no haberle brindado asesoría y buen consejo al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual.

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 afiliación de la demandante al RPM y su posterior traslado al RAIS. La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, 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 11 del expediente digital. La entidad negó los hechos de la demanda, y, particularmente respecto de las condiciones del traslado dijo que Porvenir realiza constantes capacitaciones a sus asesores comerciales para que brinden una asesoría clara, completa y exhaustiva conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993 donde se le indica acerca de las características del RAIS y de las diferencias que se encuentran con el RPM. Precisó además que, la demandante de forma “libre, espontánea y sin presiones” se trasladó a Porvenir, conforme se encuentra consignado en formulario de vinculación inicial, cumpliendo de esta manera con los requisitos y procedimientos establecidos para su validez y eficacia. La entidad formuló como excepciones de mérito las siguientes: *“BUENA FE, AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO, ACEPTACIÓN TÁCITA DE LAS CONDICIONES DEL RAIS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DERIVADO DE LA OMISIÓN DE LA FIGURA DE RESTITUCIONES MUTUAS, PRESCRIPCIÓN”*

La **fijación del litigio** solo se circunscribió a determinar si en este caso procede la declaratoria de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, decisión que no fue recurrida por ningunas de las partes.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 09 de febrero de 2024, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz la afiliación que hizo la señora PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), en consecuencia, ordenó el ingreso

automático y sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMD), actualmente administrado por COLPENSIONES.

Condenó a **PORVENIR S.A.**, para que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, traslade con destino a la COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por la señora PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubiesen causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio de manera indexada los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubiesen sido deducidos desde la fecha de efectividad de la afiliación al RAIS hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional.

Ordenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD y a recibir los aportes que le remita la PORVENIR S.A., como resultado de la presente providencia y, a tener en cuenta los aportes realizados por la demandante al RAIS como tiempo cotizado en el RPM por lo que deberá reflejarse en su historia laboral.

Declaró NO PROSPERAS las excepciones formuladas por las entidades demandadas, salvo la de imposibilidad de condena en costas, formulada por la COLPENSIONES.

CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A., las agencias en derecho se fijan en la suma de UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE a favor de la demandante y se absolverá de las costas a COLPENSIONES.

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., de manera parcial, respecto de la condena a trasladar de manera indexada los conceptos a retornar, solicitando que se acoja las consideraciones del Tribunal Superior de Cali, en las sentencias indicadas en los alegatos de conclusión.

Expuso el recurrente que, las sumas correspondientes a gastos de administración no han perdido el poder adquisitivo y contrario a ello estos gastos lograron incrementar la cuenta de ahorro individual, además la AFP cumplió con todas las obligaciones impuestas.

En último lugar, imploró que se revoque la condena en costas procesales por cuanto no existió entorpecimiento alguno por parte de la entidad, y además, la AFP ha gestionado la administración de los recursos de manera correcta buscando los mejores rendimientos para sus afiliados, es decir, que conforme a los preceptos legales ha realizado un trabajo convenido de gestión de administración de los recursos puestos en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Alegatos de Conclusión:

En la oportunidad de ley, el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, presentó escrito de alegatos de conclusión, reiterando los aspectos objeto de apelación, y resaltando que no existen razones fácticas, ni jurídicas para ordenar trasladar las cuotas de administración y demás conceptos dispuestos en la condena de manera indexada, considerando que según el concepto del Tribunal de Cali en la sentencia 146 del 09 de junio de 2023, 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 debido a la inflación.

Agregó a su vez, que tampoco deviene procedente la condena de costas procesales toda vez que se tiene que, desde la contestación de la demanda, se ha manifestado que todas las actuaciones de Porvenir se han realizado de conformidad con la voluntad de la parte demandante y su interés de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual y al Fondo, tan es así, que se han puesto a disposición de la actora todos los recursos adecuados para lograr su cometido,

por lo que todos y cada uno de los actos de Porvenir desde el inicio del presente litigio han sido expuestos favoreciendo el deseo de la actora, dejando clara la VOLUNTAD DE CONCILIACIÓN con el RPM, limitándose a ejercer su derecho constitucional de defensa sin ánimos de dilatar o entorpecer el proceso.

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

Pidió que, en el evento de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, se ordene el traslado de todos los conceptos que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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 el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM 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 1055 de 2022, SL2611-2020, SL4806-2020, SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después

de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la demandante, realizó su afiliación inicialmente a COLPENSIONES el año 1993 (pdf 10 folio 60), y luego se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR en el año 1994 (pdf 11 folio 94), 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”*.

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

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.

En punto de la prueba por interrogatorio de parte absuelto por la demandante **PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ**, esta Sala resalta algunas de sus manifestaciones:

“Pregunta: Explique las condiciones de tiempo modo y lugar de su traslado a Porvenir-
Contestó: *en ese momento se dieron una serie de cambios y estando en la institución educativa, manipularon trayendo personas diciendo que eso era lo mejor, supuestamente en aras de mejoramiento. Me reuní con un asesor de Porvenir y él fue el que llenó toda la información, **yo estaba trabajando y eso fue muy a la ligera.***”

Pregunta: Explique qué información le dio el asesor de Porvenir: Contestó: ***pues prácticamente nada, a nosotros nos escribieron en un formulario, que diera los datos personales***”

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 en que no recibió información suficiente, 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 PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ 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 **PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ**, 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...”*

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

En lo que concierne a los **aportes al fondo de garantía de pensión mínima**, que son justamente cuestionados en la apelación, debe decirse que se tratan de aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, y al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016¹, con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media.

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

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

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

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

De otro lado, y respecto a la orden dada por el juzgado al fondo privado de devolver el **bono pensional**, se debe tener en cuenta que, en el eventual caso de haber lugar a este, previo a su pago deben surtirse varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la demandante se considera válidamente afiliado a Colpensiones, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, deberá anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo a que haya lugar. Por tal razón dicha orden se **REVOCARÁ**, para en su lugar indicar que, en caso de que exista un bono pensional en favor de la demandante y este haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, relativos a que se revoque la condena en costas

procesales, considera este Colegiado que, no le asiste razón al recurrente, pues justamente fue el fondo privado que generó la ineficacia del traslado de régimen pensional, por falta del deber de información a la 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 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 **PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ**, 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.

REVOCAR la orden dada a PORVENIR S.A. en el numeral segundo de la sentencia, respecto a la devolución del bono pensional. En su lugar se le ordena a dicha AFP que en caso de que exista un bono pensional en favor de la demandante y este haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda a su anulación.

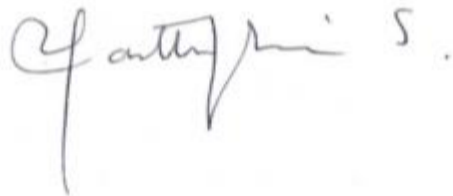
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

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 **PATRICIA ELENA ESTEPA QUIROZ**, 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