

TEMA: FORMULARIO DE AFILIACIÓN - 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. / **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. / **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. /

HECHOS: Se solicita en la demanda que, se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que, en consecuencia, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor. El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, accedió a las pretensiones de la demanda. La Sala resolverá resolver si, el traslado de régimen pensional que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

TESIS: 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. (...) 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). (...) En el caso concreto, sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el demandante, realizó su afiliación inicialmente a COLPENSIONES el año 1984, luego se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN en el año 1995, y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 2002, entidad en donde se encuentra afiliado actualmente. (...) esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PROTECCIÓN- PORVENIR S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo atendieron. (...) 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. (...) 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. (...) 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. (...) 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. (...) 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...” (...) 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). (...) 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.

MP. MARTA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO
DEMANDADOS	PORVENIR - PROTECCIÓN- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-024-2021-00286-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona, Confirma

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

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA, y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, las **AFP PORVENIR y 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 recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 13 de febrero de 2024; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante nació el 3 de febrero de 1961, y que se afilió al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y luego se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP PROTECCIÓN, y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR, entidad en donde permanece actualmente.

En punto de las circunstancias de su traslado al RAIS se indicó que el 13 de marzo de 1995, un asesor de la AFP PROTECCION S.A., le realizó una asesoría generalizada a los trabajadores de la empresa Gameco S.A entre ellos al señor JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO, y los invitó a suscribir solicitud de traslado de Régimen Pensional, bajo el argumento que la AFP PROTECCION S.A, reconocería una mesada pensional superior a la concedida por el Seguro Social y además, con dicho traslado, no generaría ninguna pérdida de derechos o expectativas porque el Régimen de Ahorro Individual era más beneficioso para él.

En hilo se indicó que, el señor JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO, se afilió a PROTECCION S.A., sin que mediara por parte de dicho fondo, asesoría legal, íntegra, completa, comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre el administrador experto y un afiliado lego, en una materia de alta complejidad, que le diera claridad y elementos al demandante sobre las implicaciones de dicho traslado y los efectos que ello traería en su expectativa de pensión de vejez. Que la asesora no entregó ningún documento que le permitiera tomar una decisión informada al demandante, pues dicha asesoría duró aproximadamente 15 minutos y por el contrario, seguía diciendo la asesora, que la mesada pensional en PROTECCION S.A. era superior, que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a quebrar y que había que asegurar el dinero aportado hasta ese momento y a futuro en dicho fondo, que tendría mejores garantías que en el Instituto de Seguros Sociales, que podría tener derecho a una pensión a menor edad, que si moría el saldo en su cuenta individual se lo entregaban a los herederos, etc.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP 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 09) del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO A LA AFP, PROTECCIÓN Y PORVENIR, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PROTECCION Y PORVENIR ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES MORATORIOS, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*

PROTECCIÓN S.A., también descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 12 del expediente digital. La entidad, manifestó que el demandante se trasladó de régimen pensional en fecha 13 de marzo de 1995 de conformidad con el formulario de afiliación suscrito válidamente por el actor, razón por la cual el acto es completamente válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que el formulario de vinculación que suscribió el demandante se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. La AFP formuló las excepciones de mérito que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE DECLARATORIA DE NULIDAD POR*

INEXISTENCIA DE SITUACIÓN ANTERIOR, INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES”

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 afirmó que el demandante diligenció formulario de vinculación ante la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., el día 01 de febrero de 2002, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de abril de la misma anualidad y a través del mismo se materializó su consentimiento para trasladarse de régimen pensional. Que no es cierto que la afiliación ante la AFP se hubiese efectuado sin que mediara asesoría, en la medida en que la AFP brindó asesoría respecto a los regímenes pensionales, a sus riesgos, condiciones, ventajas y desventajas. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las siguientes: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 13 de febrero de 2024, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la INEFICACIA el traslado de régimen pensional realizado en el año 1995 por el señor JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., y el consecuente traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Condenó a la **PORVENIR S.A** a que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, traslade a COLPENSIONES todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago. A la par, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP

Ordenó a **PROTECCIÓN S.A** a que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados.

Ordenó a **COLPENSIONES**, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído.

Condenó en costas procesales a PROTECCIÓN S.A., y fijó como agencias en derecho a favor del demandante la suma de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha en que se efectúe la liquidación de costas.

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, 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., quien solicitó que se revoque todas las condenas a dicha AFP.

Expuso el recurrente que, PORVENIR cumplió con su deber de información para la fecha en que se hizo el traslado, pues para dicha data no se hacía exigible dejar constancia escritural de lo informado al afiliado y que la AFP siempre ha contado con asesores debidamente capacitados que han realizado el debido acompañamiento y asesoría a los potenciales afiliados, resaltando a su vez que, las obligaciones del buen consejo y doble asesoría, surgieron a partir del año 2010 y 2014, por lo tanto esas obligaciones no le asistían a la AFP al momento en que se perfeccionó la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de

manera retroactivas. Que lo que se pretende en este proceso es la obtención de un beneficio económico por una diferencia en la mesada pensional, lo cual no puede ser óbice para entender que existió una falta del deber de información.

Adicionalmente solicitó que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración y el seguro previsional, por cuanto estos dineros no se encuentran en las arcas de la AFP, y por cuanto además, cumplieron su fin y propósito; el primero de ellos para generar un mayor rendimiento financiero los cuales en el caso del demandante superan ampliamente los recursos acumulados que aquel hubiese obtenido en el RPM, y los segundos, por cuanto en el tiempo en que se mantuvo la vinculación del demandante en la AFP se le garantizó la cobertura del seguro previsional, la cual estuvo a cargo de la compañía aseguradora que tenía contratada la AFP, motivo por el cual dichos dineros ya no se encuentran en poder del fondo.

Indicó igualmente que, tampoco comparte la orden de retornar los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos de la entidad, pues el propósito del fondo no beneficiará al afiliado.

Solicitó a su vez, que se revoque la condena de retornar los conceptos de manera indexada, porque igualmente se impuso la condena a retornar los rendimientos financieros y con estos últimos se compensa la depreciación del poder adquisitivo.

Alegatos de Conclusión:

En la oportunidad de ley, el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, presentó escrito de alegatos de conclusión a través del cual reiteró sus argumentos de disenso frente a la sentencia de primera instancia, así: 1) Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2) La condena consistente en trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago. 3) Condena en costas a cargo de mi representa.

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 del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

Partirá la Sala en establecer si el traslado de régimen pensional que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

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

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el demandante, realizó su afiliación inicialmente a COLPENSIONES el año 1984, luego se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN en el año 1995, y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 2002, entidad en donde se encuentra afiliado actualmente.

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

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), **es claro que la firma del formulario de afiliación** no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

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

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 los fondos privados reconocen que el único medio probatorio con que cuentan 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.

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 lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de PORVENIR respecto a que en el trámite del proceso quedó probado que al actor la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos. Lo dicho por el actor en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud del misma se hace sólo por las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los contornos del buen consejo, al momento de la afiliación o traslado de régimen, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de ese acto jurídico.

Con relación a la prueba por interrogatorio de parte absuelto por el demandante **JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO**, esta Sala resalta algunas de sus manifestaciones, veamos (pdf 25 minuto 9:45):

“Pregunta: En qué circunstancias se dio su traslado del RPM al RAIS: Contestó: cuando trabajaba en una empresa fueron unos fondos privados que nos pasáramos, que sería mucho mejor, en una reunión de masa con casi todos los empleadores, nos dijeron que nos íbamos a pensionar cuando quisiéramos y todos fuimos pasando a firmar el formulario que llevaban las asesoras y entonces me pasé a Protección.

En el año 2002 fue mi traslado con Porvenir, yo fundé la empresa donde trabajo actualmente y fue la asesora de Porvenir. Como casi todos en la empresa estaban en ese fondo, iba hacer más fácil para el pago de los aportes y por esa razón decidí trasladarme para que la mayoría quedara en ese fondo. El único beneficio que me habló esa asesora fue que como varios compañeros estaban en esa empresa era más fácil manejar la contabilidad. Yo firmé el formulario y listo.

*Pregunta: Cuando hizo el traslado de régimen le explicaron los beneficios y desventajas de cada uno- Contestó: **no, las promotoras nos informaron que a todos en masa que nos trasladáramos y todos fuimos y firmando, pero así que nos dieran una asesoría detallada no hubo.***

Valorada la prueba en su conjunto, a juicio de Sala el traslado de régimen pensional que realizó el actor 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, mientras que las AFP fundamentan su defensa en la suscripción del formulario de afiliación, el cual por sí solo no da cuenta que se le hubiese ilustrado al actor sobre las características de ambos regímenes pensionales, de lo que se colige que el traslado que hizo el actor al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN 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 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 **JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliado al

RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

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

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 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**, 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. Con base en lo anterior, se desestimaré la solicitud del apoderado recurrente en el sentido de que se revoque la orden de trasladar los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, como quiera que la AFP PORVENIR es el fondo en donde 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)

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 los **numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de ORDENAR que las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., trasladen a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente indexada y con cargo a sus propios patrimonio, advirtiendo que se deberá retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

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 del actor **JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO**, 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, los **numerales segundo y tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.**, trasladen a **COLPENSIONES**, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo que se deberá retornar dicho concepto por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

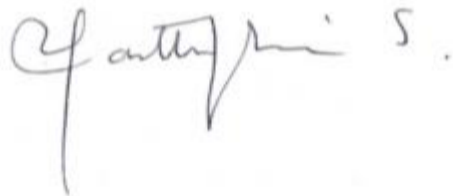
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: Costas procesales en esta instancia, a cargo de la **AFP PORVENIR**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, en favor del actor **JUAN ESTEBAN RESTREPO LONDOÑO**, 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