

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA
DEMANDADOS	PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A y COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-008-2021-00435-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y Confirma

Medellín, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL 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 **NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 043**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS,

contra la sentencia que profirió el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 06 de julio de 2022; 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 incoada con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante nació el 22 de junio de 1966, y se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 1996, posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN en el año 2000, y finalmente se trasladó a COLFONDOS en el año 2002, entidad en donde se encuentra actualmente.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información 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 las administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las 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.

COLFONDOS, A través de la contestación allegada (PDF 16 ss del expediente digital), negó los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones perentorias que denominó: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO*”

COLPENSIONES descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 08 del expediente digital. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó los hechos de la demanda referidos a la edad de la demandante y la reclamación administrativa y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA- INOPONIBILIDAD DE SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA*”.

PORVENIR descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 12 del expediente digital. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó los hechos de la demanda referidos a la edad de la demandante y la afiliación al RAIS, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE*”

PROTECCIÓN descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 12 del expediente digital. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, TRASLADO DE APORTES A LA AFP COLFONDOS, TRASLADO Y MOVILIDAD DENTRO DEL RAIS A TRAVÉS DE DIFERENTES AFP CONVALIDA LA VOLUNTAD DE ESTAR AFILIADO A*

DICHO RÉGIMEN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS 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, INNOMINADA O GENÉRICA”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 06 de julio de 2022, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del acto jurídico de **afiliación** que la demandante NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA, hizo a PORVENIR S.A, asimismo la ineficacia del traslado entre administradoras del mismo régimen, en este caso hacía PROTECCIÓN S.A, luego a COLFONDOS S.A.

ORDENÓ a COLFONDOS S.A, que traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, incluyendo las cuotas de administración.

A COLPENSIONES le ordenó realizar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA y recibir todos los dineros que sean trasladados por las AFP.

Condenó en costas procesales únicamente a PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS, absteniéndose de hacerlo frente a COLPENSIONES.

La A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

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

La sentencia fue apelada por los apoderados de PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS.

Todos los apoderados judiciales de las AFP recurren de manera total el fallo de primera instancia, argumentando que la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida ni a través del ISS, ni de una caja de previsión social, ni de Colpensiones, por lo que a juicio de los apelantes, no se puede aplicar un precedente jurisprudencial que solo está atribuido al traslado del régimen de prima media al RAIS, resaltando además que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Resaltan los apelantes que la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual se hizo de manera libre y voluntaria, por lo que la afiliación, no está afectada por ningún vicio del consentimiento. Que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, y que el mismo se expidió en cumplimiento de los requerimientos de la Superintendencia Financiera y los requisitos que se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Expresaron que la demandante hizo traslado entre las administradoras del RAIS de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y luego ahora se preocupa por solicitar la afiliación al régimen de prima media de prestación definida.

Singularmente la apoderada judicial de COLFONDOS se opone a la orden de trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración, por cuanto estos conceptos nunca hacen parte integrante de la pensión de vejez y en ambos regímenes se hacen estos descuentos.

Finalmente, los apoderados judiciales de PORVENIR y PROTECCIÓN solicitaron que se revoque la condena en costas procesales, teniendo en cuenta

que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia y que las entidades siempre han obrado con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales.

Alegatos de conclusión:

La apoderada judicial de COLPENSIONES, solicitó en el escrito de alegatos de conclusión que en el evento de confirmarse la condena de primera instancia proferida el pasado 06 de julio de 2022, se adicione la misma, en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A. a realizar la devolución de los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento del pago, conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

Al apoderado judicial OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, portador de la tarjeta profesional 380.131 del C. S. de la J., se le reconoce personería para representar a PORVENIR, en los términos del poder conferido¹. En la oportunidad de ley, el apoderado solicitó en su escrito de alegatos, revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto, a su juicio; la parte activa no alcanzó acreditar los supuestos fácticos que ameriten la declaratoria judicial de ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, e insistió en que se absuelva a la entidad de la condena en costas procesales.

A su turno, el apoderado judicial de la parte demandante- no apelante-, expresó que los traslados horizontales que realizó la demandante durante su vida laboral en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no convalidan el deber de información de las AFP en el momento del acto jurídico de la afiliación, por lo que solicita, se confirme en su integridad el fallo de primera instancia.

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

¹ Poder adjunto con el escrito de alegatos en segunda instancia

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 de la afiliación

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por los apoderados judiciales de PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS, en su recurso de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación 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 que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS alcanzaron 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 señora NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA, nunca perteneció al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto inicialmente se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 1996, posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN en el año 2000, y finalmente se trasladó a COLFONDOS en el año 2002, entidad en donde se encuentra actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual, 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 (PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la actora, con suficiencia, en el momento en que fue atendida para afiliarla.

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, 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. Es así como resulta de imperiosa exigencia, el que se cumplan con todo el acompañamiento al asegurado.

Por lo demás, es preciso indicar 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.

Así las cosas, esta sala resalta 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.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por los apoderados judiciales de PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo.

En la alzada, los apoderados judiciales de PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS, sostienen que no hay lugar a aplicar las consecuencias previstas por el legislador para la omisión en el deber de información en el asunto sub-lite,

por la potísima razón que la demandante no acreditó vinculación anterior al régimen de prima media, dado que su primera vinculación al sistema general de pensiones se dio a través de su afiliación al RAIS, conclusión que no comparte la sala porque equivale a decir que frente a aquellas personas que acuden a afiliarse por primera vez al sistema no existe el deber de información.

En consideración de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características.

Ahora y en punto al argumento que la asegurada se encuentra inmersa en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para esta sala dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación no produjo ningún efecto, al ser ineficaz la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación de la demandante al RAIS, la actora queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse a la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Sostienen los apoderados judiciales apelantes que al formulario de vinculación no se le puede restar valor probatorio, asumiendo que ese era el único requisito que se exigía para la época. Esta sala no encuentra que esos planteamientos sean ciertos, como quiera que, tal y como se ha visto en la referida jurisprudencia del órgano de cierre, 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. 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 no como indicativo de que haya existido asesoría, buen consejo y acompañamiento.

Para la sala, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la señora NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado a la demandante un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

Manifestaron igualmente los apoderados judiciales apelantes en su interés de que se revoque la ineficacia, sugiriendo que el traslado entre regímenes privados implica la voluntad de la demandante de permanecer al RAIS, puesto que inicialmente estuvo vinculada a la AFP PORVENIR, luego se trasladó a PROTECCION y posteriormente COLFONDOS; cabe resaltar que, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1055 de 2022: *“no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas”*. Se agrega además en la referida sentencia que: *“esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, **el del traslado inicial**”*

En el caso en concreto, si bien se corrobora que la demandante ha tenido *posteriores* traslados entre administradoras, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley la afiliada estaba obligada a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este caso en concreto la AFP no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su afiliación inicial.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia de la **afiliación** de la señora NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, COLPENSIONES, habrá de activar la afiliación de la demandante, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que 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 constituye punto de la apelación exclusivamente por el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS S.A, quien reclama se revoque parcialmente la decisión de trasladar gastos de administración a COLPENSIONES, por cuanto a su juicio, este concepto hace parte integrante de la pensión de vejez de la actora y en ambos regímenes se hacen estos descuentos.

Esta sala encuentra que no le asiste razón al apoderado judicial de COLFONDOS, por cuanto a COLPENSIONES deben 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. No puede perderse de vista que COLPENSIONES es la entidad que a futuro deberá asumir el pago de sus prestaciones de la seguridad social y deberá tomar la afiliación sin solución de continuidad en el tiempo.

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 de las AFP, 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 la

AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN ni COLFONDOS., 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...”*.

Ahora, no debe privarse a la demandante de la generación de rendimientos financieros en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, teniendo en cuenta que dichos rendimientos ya hacen parte de la demandante y fueron rubros que se generaron incluso a partir de la administración de los recursos de la propia demandante. Aunado a ello, el fondo privado no puede sacar provecho de sus propias omisiones, y afectar a la actora en sus rendimientos financieros.

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 esta Sala advierte que la orden dada por la A quo en el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, resulta insuficiente pues, se debió ordenarse a la **AFP COLFONDOS** trasladar a COLPENSIONES, las primas previsionales y las garantías de pensión mínima, pues pese a que el juez de primera instancia ordena a la AFP trasladar “sumas adicionales”, no se puede dejar al arbitrio del fondo privado que conceptos considera pertinentes devolver.

Igualmente se omitió en el **numeral tercero** de la sentencia, ordenar a las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN**, trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

Asimismo se omitió en el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que, resulta pertinente en acogimiento del precedente jurisprudencial vigente y pacífico en el órgano de cierre **ordenar la indexación** a cargo de todas las AFP demandadas; **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS**, sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y

los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas por estos conceptos, teniendo en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

Esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, criterio que acoge esta Colegiatura, recogiendo en consecuencia cualquier otra interpretación en sentido contrario que se hubiere sostenido en el pasado.

A su vez, omitió la A quo ordenar a las administradoras, que dicho traslado se lleve a cabo por las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y que, tales entidades trasladen esos recursos a COLPENSIONES con la **relación discriminada de los conceptos**, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Finalmente, debe desestimarse el disenso de los apoderados judiciales de las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, cuando solicitan, que se revoque la condena en costas procesales que les fue impuesta por la A quo, al considerar que la entidad a la que representan no ha obrado de mala fe.

Para la sala la condena en costas a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, en primera instancia es completamente justificada, ello por cuanto, existe un criterio objetivo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, que determina que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, sin miramiento de conducta constitutiva de buena o mala fe, resaltándose además que la intervención que ocupan las AFP en el acto jurídico que se declaró ineficaz, es directa, razones más que suficientes para confirmarse en su integridad la condena en costas.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se ha causado costas procesales a cargo de las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada. Las mismas serán en favor de la señora NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022, a cada una de las AFP en favor de la demandante.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA 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 COLFONDOS**, traslade a **COLPENSIONES**, además de lo allí dispuesto, los valores destinados a pago de seguros previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

ADICIONAR ese mismo numeral en el sentido de **ORDENAR** que las **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN** trasladen a **COLPENSIONES** cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

ADICIONAR el numeral en mención a fin de **ORDENAR** que las **AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS**, trasladen a **COLPENSIONES**, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los recursos ordenados, **incluyendo la indexación** de las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima y remitir a **COLPENSIONES** la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y

demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a las **AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS**. Agencias en derecho: Un (1) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022, que pagarán cada una de las AFP en favor de la señora NUBIA ESPERANZA VALDERRAMA BARRERA.

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
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada