

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JORGE EDUARDO DUQUE PARRA
DEMANDADOS	PORVENIR- PROTECCION -COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-025-2021-00266-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, confirma

Medellín, dieciséis (16) de diciembre 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 el señor **JORGE EDUARDO DUQUE PARRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 054**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR, contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 14 de octubre 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 incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que, el demandante, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS, en el año 1982, posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., a partir del año 1996, y luego se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 1999, fondo privado donde se encuentra afiliado en la actualidad.

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 atendido para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dichas administradoras.

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 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, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 07 del expediente digital), aceptó la edad del demandante, su vinculación a la entidad administradora de pensiones y la reclamación administrativa y negó los demás hechos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, IMPOSIBILIDAD DE RETORNAR AL STATU QUO ANTE POR MÚLTIPLES AFECTACIONES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INOPONIBILIDAD POR SER*

TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL DERECHO DE AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, FALTA DE INTERES EN SU VIDA PENSIONAL, BUENA FE DE COLPENSIONES, MALA FE/ TEMERIDAD, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN- SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES. INDEXADOS, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCION, COMPENSACIÓN.

PORVENIR S.A. hizo lo propio y recorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 08 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó todos los hechos de la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: “*PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN*”

PROTECCIÓN S.A. también contestó la demanda según se observa en el PDF 09 del expediente digital. A través de dicha respuesta aceptó la edad del demandante y la afiliación a la AFP y negó los demás hechos de la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de fondo que denominó: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, TRASLADO DE APORTES A LA AFP PORVENIR, 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*”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 14 de octubre de 2022, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado que hizo JORGE EDUARDO DUQUE PARRA el 04 de junio de 1996 y los consecuentes traslados horizontales y ordenó entender que para todos los efectos legales nunca se trasladó y por tanto siempre permaneció en el RPM hoy administrado por COLPENSIONES.

Le impuso a la AFP PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES el valor de los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora entre el 1 de agosto de 1996 y el 30 de noviembre de 1999. A la par le impuso a PORVENIR S.A. trasladará a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas con sus respectivos

rendimientos financieros y sin lugar a los descuentos por los conceptos de garantía para pensión mínima, gastos o cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora que se hubiesen podido generar por el período comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 y hasta la fecha en que se realice el traslado efectivo.

Se ORDENÓ que las sumas por concepto de comisiones por administración, fondo de garantías para pensión mínima y pagos de seguro y reaseguro deberán trasladarse debidamente indexadas, con cargo a los propios recursos de las administradoras de fondo de pensiones. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, conforme se dejó explicado en la parte motiva de esta sentencia.

Se ORDENÓ a PORVENIR S.A., que en el caso en que haya recibido el bono pensional en el que estarían representadas las cotizaciones al RPM del demandante, restituirlo a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

A COLPENSIONES le ordenó aceptar el retorno del demandante, recibir las mencionadas sumas, activar su afiliación a prima media sin solución de continuidad, y continuar siendo su administradora de pensiones.

Condenó en costas procesales a la AFP PORVENIR SA. Y PROTECCIÓN S.A., y se abstuvo de imponer costas a cargo de COLPENSIONES.

La A quo para declarar la ineficacia de la afiliación, 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 de primera instancia fue apelada por la apoderada judicial de PORVENIR.

Expresó la recurrente que el demandante era una persona capaz y por ende tenía conocimiento para tomar una decisión libre y voluntaria, precisando que la AFP no fue la que ocasionó la ineficacia por el traslado de régimen pensional, pues el demandante inicialmente estuvo afiliado a otro fondo, subrayando que el actor hizo traslado horizontal entre administradoras de régimen privado, en donde finalmente ha permanecido.

Expuso también que para el año 2004, las AFP realizaron una publicación a través de la cual se informaba a los afiliados la posibilidad que tenían de trasladarse de régimen si así lo quisieran, sin embargo, el demandante no hizo uso de este derecho manifestando no tener conocimiento de esa posibilidad. Igualmente, el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contemplada en la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, por lo que no se compadece la decisión adoptada por el despacho que declaró la ineficacia, ni se comparte los efectos jurídicos que se le dio a esta ineficacia.

Aseguró igualmente la togada que no se tuvo en cuenta las calidades especiales y la formación académica del demandante, quien, si bien no es abogado, ni experto en temas pensionales, lo cierto es que posee una formación académica superior que le permite tener conocimientos mínimos de la afiliación realizada.

Replicó que tampoco es procedente decir que la ineficacia sea por falta de consentimiento, o por vicios en el mismos, toda vez que Porvenir brindó al actor una asesoría oportuna y se le explicó sobre las implicaciones de su traslado y características del RAIS, que se verifican en los formularios de afiliación aportados con la contestación de la demanda.

Señaló igualmente, que el demandante no se encuentra conforme con la mesada pensional que le correspondería ante Porvenir S.A., por lo tanto, en este asunto, no se demostró que la AFP no hubiera brindado una información, sino que, por el contrario, las manifestaciones e inconformidad del actor son netamente económicas, respecto de la mesada pensional que le pudieran corresponder en el régimen de prima media.

En relación con la condena de devolver sumas indexadas, resaltó la apelante que las mismas resultan incompatibles, pues se ordena devolver los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales han sido superiores a los rendimientos mínimos

establecidos por el gobierno nacional, los cuales, a su vez, no se han visto afectados por la inflación.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de **PORVENIR**, al presentar sus alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, reitera en que se revoque la decisión de primer grado, argumentando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Dijo que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, puntualizando que el demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

Concluyó afirmando que teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación del demandante, debe tenerse en cuenta que tal rubro sería excluyente con la indexación ordenada como lo indicó el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899- 31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación N°76001-31-05-012-2022-00234-01 entendiendo así que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar.

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 PORVENIR 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 del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, como administradoras del régimen privado en pensiones y en la que actualmente se encuentra afiliado, 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, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1982, posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., en el año 1996, y luego se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 1999, fondo privado donde se encuentra afiliado en la actualidad.

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, 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 y PORVENIR) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al demandante con suficiencia en su proceso de traslado.

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 de la asegurada no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban el cambio de régimen, 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 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”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por la apoderada judicial de PORVENIR en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo, resaltando que las AFP

demandadas tenían la carga probatoria de haber brindado asesoría al asegurado en su proceso de traslado.

Ahora bien, sostiene la apoderada judicial de PORVENIR en su recurso de alzada que la AFP demandada cumplió con los requisitos de fondo y forma que se exigían para el momento en que se produjo el traslado, es decir, con el deber de información y buen consejo.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Tampoco comparte la sala el argumento de la apoderada recurrente, en el sentido de que el demandante al suscribir el formulario de afiliación, plasmó su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, pues el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontestable 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.

Aseveró igualmente la apoderada judicial recurrente que el traslado del demandante se dio de manera libre y voluntaria y sin la afectación de ningún vicio del consentimiento.

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

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron en la sustentación de la alzada por la apoderada judicial de PORVENIR en su interés de que se revoque la ineficacia, sugiriendo que el traslado entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica la voluntad del demandante de permanecer al RAIS, 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 el 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 el afiliado estaba obligado a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este caso en concreto la AFP demandada no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

De otro lado, arguye la apoderada judicial de PORVENIR, que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin embargo, 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 o traslado no produjo ningún efecto, al ser ineficaz por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación del demandante al RAIS, el actor 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 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.

Por otra parte, la apoderada judicial de PORVENIR, resaltó que el demandante si bien no es abogado, ni experto en temas pensionales, lo cierto es que posee una formación académica superior que le permite tener conocimientos mínimos de la afiliación realizada.

Bajo este entendimiento, no le asiste razón a la apelante. Es preciso recordar que el deber de información, asesoría y acompañamiento es de mayor entidad y comprende un proceso real en el que el asegurado tenga la posibilidad de escuchar con el suficiente detalle todas las variables que representaría un cambio de régimen pensional, sin consideración a que el afiliado tenga o no conocimientos de nivel superior, pues no es adecuado limitarse a la suscripción del formulario, pues se itera, que el deber de información a cargo de la AFP, emana de una responsabilidad de carácter profesional que le impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado.

Igualmente llama la atención la apoderada judicial de PORVENIR al argumentar en su recurso de apelación que la motivación del actor es un inconformismo con su expectativa pensional que no alcanza a configurar falta de información que haga devenir en ineficaz el acto de afiliación. Esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. Por lo demás, lo dicho por el actor en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que su solicitud de traslado obedece únicamente a 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, para el momento del traslado, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de dicho acto jurídico.

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

Así las cosas, esta sala recalca la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no

nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **JORGE EDUARDO DUQUE PARRA** 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 traslado 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 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 al demandante.

Los efectos de la ineficacia 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 de PORVENIR y PROTECCIÓN, 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 PORVENIR ni por PROTECCIÓN, 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...”*.

En relación con el desacuerdo de la apoderada judicial de PORVENIR, en cuanto a la orden de indexación de las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales, y los aportes de garantías de pensión mínima. Para esta Sala la orden impuesta por la juez de primer grado es procedente, como quiera que 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.

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 **resulta suficiente**, como quiera que en el **numeral 2°** de la resolutive de la sentencia se ordenó: “ A PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES el valor de los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora entre el 1 de agosto de 1996 y el 30 de noviembre de 1999. PORVENIR S.A. trasladará a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas con sus respectivos rendimientos financieros y sin lugar a los descuentos por los conceptos de garantía para pensión mínima, gastos o cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora que se hubiesen podido generar por el período comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 y hasta la fecha en que se realice el traslado efectivo. Las sumas por concepto de comisiones por administración, fondo de garantías para pensión mínima y pagos de seguro y reaseguro deberán trasladarse debidamente indexadas, con cargo a los propios recursos de las administradoras de fondo de pensiones. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, conforme se dejó explicado en la parte motiva de esta sentencia.”

De otro lado, esta sala **REVOCARÁ** el **numeral cuarto** de la sentencia, que ordenó a PORVENIR que: “en el caso en que haya recibido el bono pensional en el que estarían representadas las cotizaciones al RPM del demandante, restituirlo a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación”, para en su lugar excluir de los conceptos a devolver, los **bonos pensionales**, toda vez que, en caso de redimirse, éstos deben anularse, lo que en este asunto no ha ocurrido.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se ha causado costas procesales a cargo de la **AFP PORVENIR**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor del señor **JORGE EDUARDO DUQUE PARRA**, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022, que pagará la AFP al 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, de fecha y procedencia conocidos solo para efectos de excluir de las restituciones el concepto correspondiente a bonos pensionales, se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo indicado.

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

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR**. Agencias en derecho: Un (1) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022, que pagarán la AFP en favor del señor **JORGE EDUARDO DUQUE PARRA**.

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