

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JESUS HERNANDO USUGA MANCO
DEMANDADOS	COLPENSIONES-PORVENIR-
RADICADO	05001-31-05-004-2019-0412-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma

Medellín, siete (7) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA 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 **JESUS HERNANDO USUGA MANCO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 010**, 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 S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 22 de noviembre 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 entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1986, y posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1995, entidad en donde permanece 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 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 dicha administradora.

## III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado demandada, y que en consecuencia, se ordene a la AFP demandada, 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 01 folio 164 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, excepto la vinculación del demandante al ISS y su posterior traslado al RAIS, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 01 folio 100 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE 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 22 de noviembre de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el cambio de sistema pensional del RPM por el RAIS que efectuó el señor **JESUS HERNANDO USUGA MANCO**, y, en consecuencia, declaró que el actor ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES, y le impuso a la AFP PORVENIR S.A., la obligación de trasladar a COLPENSIONES, todos los saldos que integran la cuenta de ahorro individual del demandante, aportes, cotizaciones y rendimientos financieros, en forma completa. Asimismo, dispuso que la AFP retornará las cuotas de administración, los pagos de seguro y reaseguro, y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde su causación y hasta su pago y con cargo al propio patrimonio de la entidad. Se ordenó también que, 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.

Se ORDENA a COLPENSIONES, reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad, y recibir todos los dineros que sean trasladados por PORVENIR S.A.

Condenó en costas procesales a la demandada a la AFP PORVENIR S.A. y se abstuvo de imponer condena a cargo de COLPENSIONES.

El 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 de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A.

### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

El apoderado judicial de la AFP, recurrió de manera total la sentencia de primer grado, argumentando que no existían razones para declarar la ineficacia, dado que quedó acreditado con la prueba documental y con la prueba de interrogatorio de parte, que la AFP PORVENIR, si cumplió con su deber de información. Que al demandante se le brindaron elementos de juicio objetivos para que tomara una decisión ajustada a sus intereses y en tal sentido el demandante conoció las implicaciones de su decisión, así como era consciente del acto jurídico que estaba celebrando y por tanto hoy no se le podría restar validez al negocio jurídico que celebró el demandante, sobre todo, que durante ese tiempo decidió de manera espontánea seguir afiliado al fondo de pensiones que administra la AFP, y en las debidas oportunidades legales no desplegó actuaciones tendientes a retornar al RAIS.

Resaltó a su vez la apelante que el demandante inició este proceso desde una expectativa económica, sin embargo, este tipo de procesos deben versar sobre la falta o no de información por parte de la AFP, y no desde pretensiones económicas, sobre todo si se tiene en cuenta que los fondos privados, como COLPENSIONES, tienen una obligación de medio y no de resultado, obligación de medio que a juicio del apelante, la AFP ha cumplido pues ha cubierto las contingencias de invalidez y muerte del demandante.

De otro lado expuso que, de la expectativa pensional del demandante a Porvenir, no puede derivarse prueba alguna de que la demandada ha incumplido con su deber, pues la entidad, no puede proyectar a los afiliados, cual va hacer su pensión al momento de la afiliación, teniendo en cuenta que ello varía dependiendo del ingreso base de cotización.

Indicó también que el demandante se le ha puesto todos los canales de comunicación de la AFP y fue debidamente asesorado por el personal de la entidad, quienes se encuentran debidamente capacitado sobre la información que deben brindar a los potenciales afiliados.

Pidió que se revoque el numeral segundo de la sentencia, en tanto condena a PORVENIR, a retornar los dineros que se recibieron por motivo de la afiliación, y particularmente los conceptos de gastos de administración, primas de seguros y reaseguro, y aportes del fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada. Ello debido a que los gastos de administración son sumas o conceptos que se descuentan por la gestión que hace el fondo de los recursos que aportan los afiliados y ello conlleva a una generación de frutos y rendimientos que pueden verse reflejados en favor del afiliado y en todo caso se utilizan por la gestión que hace el fondo, por lo cual al ser un servicio que ya se prestó, no están actualmente en el patrimonio de PORVENIR. En cuanto a las sumas de seguro y reaseguro, expuso que son conceptos que se destinaron a un tercero y que, por lo tanto, tampoco están actualmente en el patrimonio de la AFP.

Por otra parte, y respecto de la orden de la indexación que se ordenó en la sentencia, considera el recurrente que la misma no es procedente, teniendo en cuenta que como también se dispuso retornar los rendimientos financieros, ello implicaría una doble condena, considerando que la finalidad de la indexación es de cierta forma resarcir el detrimento que ha sufrido el dinero en el tiempo que en todo caso se ve compensado con los rendimientos financieros a que está obligada la entidad a devolver.

Finalmente, y en cuanto a la condena en costas procesales, implora que sea revocada su orden, bajo la consideración de no tener sustento las anteriores condenas, tampoco, tiene cimiento las costas, y menos aún por cuanto la entidad siempre ha obrado de buena fe en cumplimiento de toda la normatividad vigente.

### **Alegatos de Conclusión:**

El apoderado de la **parte demandante** al presentar su escrito de alegatos de conclusión, solicitó que se confirme el fallo de primera instancia en el proceso de la referencia, teniendo en cuenta que la Administradora de Pensiones PORVENIR S.A., no logró demostrar de ninguna manera, que al demandante señor Hernando Úsuga se le hubiera suministrado, para el momento del traslado de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, información clara, precisa, comprensible, transparente, suficiente y oportuna, que se encontraba a cargo de la demandada Porvenir, siendo su deber suministrarla a sus potenciales clientes y no lo hizo, como tampoco demostró interés en hacerlo, tal como se encuentra demostrado en la respuesta enviada por la demandada, mediante Radicado No. 010260903862900190306TN959647COR, obrante a folios 64- 68 del Expediente

digital, donde manifiestan que al verificar la fuente de información, no existe ninguna solicitud de información escrita o solicitud de traslado diferente a la afiliación, que todo el proceso de traslado se realizó de forma verbal y que para la fecha de la afiliación del señor Hernando Úsuga, 01/04/95, no era obligación de Porvenir realizar simulación de proyección de pensión.

En consecuencia, pide que se ratifique la declaratoria de ineficacia de traslado de la demandada PORVENIR S.A. con el señor JESÚS HERNANDO ÚSUGA MANCO y en su lugar, se deje incólume la afiliación del demandante con el Instituto de Seguros Social hoy COLPENSIONES, como si nunca se hubiera realizado ningún traslado y en su lugar, se concedan todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y lo concedido por el señor Juez de primera instancia.

Por su parte el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque íntegramente la sentencia, reiterando los puntos y argumentos objeto de apelación que conciernen especialmente a: 1. Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2. La condena consistente en devolver a Colpensiones los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante y que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como aportes, cotizaciones, rendimientos financieros, así como los gastos de administración, pagos de seguros y reaseguros y pagos al FPGM, debidamente indexados. 3. La condena es costas.

Finalmente, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, instó a que se revoque el fallo proferido en primera instancia, por cuanto el mismo está en contravía del ordenamiento jurídico, atendiendo a lo prohibición que se describe en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, modificadorio entre otros, del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Aseveró que pese a que la parte demandante en sus afirmaciones manifestó que el RAIS, no le proporcionó una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, sin embargo enfatizó que se debió haber tenido en cuenta que la asesoría que deben suministrar los fondos ha tenido varias etapas de evolución y que la asesoría brindada al señor JESÚS HERNANDO USUGA MANCO era la exigida por la normatividad para el momento del traslado.

Expuso a su vez que la decisión tomada por medio de la cual se ordena la vinculación al señor JESÚS HERNANDO USUGA MANCO al RPMPD está desconociendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones consagrado en el Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005

Pidió subsidiariamente que en caso de que la sentencia sea confirmada, se garantice el traslado de todo concepto de dinero que repose en la cuenta de ahorro individual al señor JESÚS HERNANDO USUGA MANCO conforme a las sentencia SL 4964 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019; esto es ordenar el traslado de las Cuotas de administración, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión.

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 S.A., 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 la AFP demandada, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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

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

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

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



transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

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

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

## CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor **JESUS HERNANDO USUGA MANCO**, inicialmente se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1986 (PDF 01 folio 37), y posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1995 (PDF 1 folio 29), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación 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 la AFP convocada a juicio (PORVENIR S.A.,) no alcanzó 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”*.

Ahora, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula la situación, comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado.

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.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, en su recurso de apelación, ni por el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo.

Contrario a lo aducido por los apoderados judiciales, en el asunto no puede sostenerse que la AFP, haya dado un cabal cumplimiento a la ley por el simple hecho de haber suscrito un formulario de afiliación, cuando en el plenario no obra ninguna prueba que indique que al actor se le brindó asesoría de la que se ha hecho referencia.

Ahora bien, sostiene el apoderado judicial de PORVENIR S.A., que el demandante era consciente del acto jurídico que estaba celebrando y por tanto no se le podría restar validez al negocio jurídico que celebró el actor.

En relación con este desacuerdo 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 lo que respecta al disenso planteado por el apoderado judicial de PORVENIR, en torno a que el demandante ha permanecido afiliado al RAIS desde el año 1995, época en que se produjo su traslado, debe resaltar esta sala que 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 no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

En lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de PORVENIR respecto a que en el trámite del proceso quedó probado que el actor lo motiva un inconformismo con su expectativa pensional, 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 la solicitud del demandante 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.

De otro lado, el apoderado judicial de COLPENSIONES en el escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, llamó también la atención de este Colegiado, argumentando que el asegurada se encuentra inmersa 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.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **JESUS HERNANDO USUGA MANCO**, 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 la AFP demandada, 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, aspecto que es cuestionado por tanto por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, como por el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegatos.

Instó a esta sala el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. a que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales, dada en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual del asegurado, disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros, por lo que concluye que tiene derecho a conservar la comisión de administración. Resaltó que la AFP pagó

en su momento las primas previsionales a las respectivas aseguradoras, generando cobertura en favor del demandante frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que dicha entidad estaría imposibilitada para recobrar dichas sumas.

Esta sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por el A quo, por cuanto su orden se justifica en aplicación de la jurisprudencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, que ha estimado que los efectos de la ineficacia deben tener un efecto integral sobre el valor de las cotizaciones y aportes.

Las órdenes dadas por el juez de primer grado se justifican desde el punto de vista de que a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada al fondo público sin solución de continuidad.

Si bien, 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 de la AFP PORVENIR S.A, 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., 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 punto de que al demandante se le brindó la respectiva cobertura frente a 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.

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)

Respecto al reproche del apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., en el que solicita que se revoque la orden de indexación, por cuanto, a su juicio con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa con la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haber generado los emolumentos a retornar; delantamente esta sala advierte que no es procedente.

En relación a la indexación, este colegiado 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.

Así las cosas, no cabe dudas, que las implicaciones de la ineficacia, llevan consigo ordenar retornar tanto los rendimientos, como la indexación, tal y como se dispuso en reciente sentencia de la CSJ SL 584 de 2022:

*“Segundo: Condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta individual de la demandante, **junto con sus rendimientos financieros**.*

*Tercero: Condenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje por gastos de administración, 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, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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 el A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

En último lugar, debe desestimarse el cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, cuando solicita que se revoque la condena en costas procesales que le fue impuesta por el A quo, al considerar que la entidad no ha obrado de mala fe.

Para la sala la condena en costas impuesta a la AFP, en primera instancia es completamente justificada, ello por cuanto, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se determina que: “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, situación que en efecto ocurrió en este caso.

En las circunstancias descritas, se CONFIRMARÁ íntegramente la sentencia de primera instancia.

### **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, y en favor del demandante **JESUS HERNANDO USUGA MANCO**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

### **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: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, de conformidad a lo expuesto.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor del señor **JESUS HERNANDO USUGA MANCO**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**CUARTO: 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**



**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**



**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**