

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION- COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-011-2020-00060-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca y confirma

Medellín, quince (15) 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 la señora **DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **AFP PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 011**, 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 COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 13 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 la demandante nació el 22 de octubre de 1969 y que se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de los Seguros Sociales en el año 1990, y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1998, y luego se trasladó a la AFP PROTECCION S.A., en el año 2011, fondo 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 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 demandadas, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, 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.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 5 del expediente digital), aceptó como cierto el hecho relativo a la edad de la demandante, su vinculación al ISS, y su traslado al RAIS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL, LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA NO PUEDE SER APLICADA EN FORMA GENÉRICA, SIN NINGUNA*

PONDERACIÓN, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - ART. 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS”

COLFONDOS S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 14 del expediente digital. A través de dicha respuesta aceptó la vinculación de la demandante en el año 1998, y, formuló las excepciones de mérito 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 ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO”*

PROTECCIÓN S.A., asimismo describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 11 del expediente digital. La entidad aceptó la afiliación de la demandante y formuló las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y 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, VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL RAIS, INNOMINADA O GENÉRICA”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 13 de octubre de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz la vinculación al RAIS de DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO, en PROTECCIÓN SA y COLFONDOS S.A.

Condenó a **PROTECCIÓN SA.**, a trasladar del RAIS al RPMCPD administrado por COLPENSIONES los aportes de DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO, como son cotizaciones, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, en razón a la declaración de la ineficacia del traslado, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando en el tiempo en que la parte demandante estuvo afiliada a dicha administradora

Asimismo, se **CONDENÓ** a la **AFP COLFONDOS S.A** a trasladar a COLPENSIONES, los aportes de DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO consistentes en los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional, que se hubieren causando en el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a dicha administradora.

Se **ORDENÓ** a **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN SA.**, a indexar los dineros a devolver (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima), Asimismo se ordenó indexar los valores cancelados por concepto de la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes a fondo de solidaridad pensional durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo de pensiones y sin aplicar equivalencia alguna. A la par se ordenó que, al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados por las AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información importante que los justifique.

Se ordenó que todos los valores deben de ser consignados por PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS SA a COLPENSIONES, quien deberá recibirlos y reactivar la afiliación de DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO, sin solución de continuidad.

CONDENÓ en **costas procesales** de primera instancia. Fijó como agencias en derecho al valor equivalente a 3 SMLMV, es decir, la suma de \$3'000.000,00 de la cual corresponde el valor de \$1'500.000,00 a cargo de PROTECCION SA., \$1'000.000,00 a cargo de COLFONDOS SA y la suma de \$500.000,00 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 COLPENSIONES.

El togado se apartó de la decisión proferida argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal a que se refiere el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues en la actualidad la actora tiene 53 años de edad.

En relación con el traslado de régimen pensional, dijo que la demandante lo hizo con plena voluntad y no existe ningún vicio que imposibilite dicho traslado, por lo que a su juicio, debe permanecer incólume la afiliación de la actora a la AFP PROTECCION, además indica que no puede perderse de vista que durante todos los años en que estuvo afiliada al fondo privado, la actora tuvo la oportunidad de solicitar información con la finalidad de conocer sobre su derecho pensional, que régimen le era más conveniente y ejercer las acciones que considerara pertinentes, sin embargo ésta no demostró interés o sentirse inconforme con su fondo pensional, razón por la cual asegura, que no es posible admitir que la demandante pretenda endilgar vicios de nulidad o ineficacia del traslado, intentando retornar al régimen de prima media.

En lo que respecta a las obligaciones de asesoría y buen consejo, expresó que estos se hacen exigibles desde el año 2009, con la ley 1328 de 2009, la ley 1748 de 2014, y la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, razón por la cual, adujo el recurrente que no es procedente aplicar de manera retroactiva dichos presupuestos en el traslado de régimen pensional de la actora, pues éste se llevó a cabo en el año 1994, resultando entonces esta decisión desproporcionada.

Solicitó además que no se imponga condena en costas procesales a la entidad que representa, por cuanto ha sido un tercero ajeno en la relación contractual entre la demandante y el fondo de pensiones, y por tanto no tuvo incidencia en el traslado de régimen pensional y siempre ha actuado de buena fe y ajustada a derecho.

Alegatos de Conclusión:

La apoderada judicial de la **parte demandante**, pidió que se confirme íntegramente el fallo de primera instancia, arguyendo que la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente a la demandante, que le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria.

Por su parte, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** al presentar su escrito de alegatos de conclusión, solicitó que no se acoja el fallo emitido por el Juzgador de primera instancia, quien declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Diana Patricia Duque Castro.

El apoderado reiteró el disenso expuesto al momento de sustentar su recurso de alzada, e hizo hincapié en que la administradora del régimen de prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora Diana Patricia Duque y las AFP Colfondos y Protección, por lo que no deberá emitirse condena alguna en contra de la entidad y menos aún, imponérsele el pago de costas procesales; por lo que se ruega se revoque dicha condena.

Finalmente, solicitó condenar a las AFP, a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

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 COLPENSIONES, 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 demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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

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

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

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel

procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

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

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la señora DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO, inicialmente se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1990, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. (PDF 14), en el año 1998, y luego se trasladó a la AFP PROTECCION S.A. en el año 2011 (PDF 11), 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 de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A.) no alcanzaron a probar haberle

brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la atendieron.

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

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

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 COLPENSIONES, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró el A quo.

Sostuvo el apoderado judicial de COLPENSIONES en su recurso de alzada, que la demandante era consciente del acto jurídico que estaba celebrando y por tanto no se le podría restar validez al negocio jurídico que celebró la actora.

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 en torno a que la demandante ha permanecido afiliado al RAIS desde el año 1994, 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.

Enfatizó el apelante que la obligación del buen consejo y la doble asesoría, son obligaciones posteriores, surgidas a partir de los años 2009, 2014 y 2016 y como estas obligaciones no existían para el momento del traslado de la demandante, no podían aplicarse de forma retroactiva.

Al respecto debe precisarse 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. A lo anterior se agrega 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.

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 la 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 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 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 de la señora DIANA PATRICIA DUQUE CASTRO, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud 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.

Los efectos de la ineficacia 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 PROTECCIÓN S.A., o COLFONDOS 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 PROTECCIÓN S.A., o COLFONDOS S.A, 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...”*.

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)

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 los numerales 3º, 4º y 5º de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

Finalmente, debe decirse que le asiste razón al apoderado judicial de COLPENSIONES, cuando solicita que se revoque la condena en costas que le fue impuesta por el A quo en primera instancia a la entidad, como quiera que dicha condena es completamente injustificada. Ello por cuanto, si bien existe un criterio previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el mismo no puede aplicarse sin entrar a analizar la posición que COLPENSIONES ocupa en el acto jurídico que se declaró ineficaz, esto es, su ausencia de participación e incursión en los efectos de la ineficacia.

En consecuencia, se **revocará el numeral 7º** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente en cuanto le impuso condena en costas procesales a COLPENSIONES, para en su lugar, absolver a la entidad de las mismas.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

Sin lugar a condena en costas, como quiera que se acogen parcialmente las suplicas formuladas en el recurso de apelación, planteado por COLPENSIONES.

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 el numeral 7º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, únicamente en cuanto condenó a **COLPENSIONES** a pagar costas procesales de primera instancia, para, en su lugar, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de dicha condena, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA