

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JORGE IGNACIO BUITRAGO VELEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR-COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-011-2019-00728-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca y confirma

Medellín, veintiséis (26) de abril 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 **JORGE IGNACIO BUITRAGO VELEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 016**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR y por el apoderado de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 03 de febrero de 2023; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante nació el 01 de mayo 1963 y que se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1979, y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de la AFP COLFONDOS S.A., en el año 2002, y luego se trasladó a la AFP PORVENIR, en el año 2008, y más tarde retornó a la AFP COLFONDOS en el año 2012, 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 las administradoras demandadas 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: descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 05 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda con excepción de la edad y vinculación del actor al ISS y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN, PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO, BUENA FE, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL,*

PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA FINANCIERO DE PENSIONES, INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS, DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”

PORVENIR S.A., hizo lo propio y recorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 04 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: “*PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA*”

COLFONDOS S.A., Aceptó como cierto la edad del demandante y su vinculación a la AFP y no se opuso a la prosperidad de las pretensiones PDF 10.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 03 de febrero de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz la vinculación al RAIS del señor JORGE IGNACIO BUITRAGO VÉLEZ, ante las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Se ordenó a **COLFONDOS SA**, a trasladar del RAIS al RPMCPD administrado por COLPENSIONES, los aportes del demandante como son cotizaciones, gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, y, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando en el tiempo en que el actor estuvo vinculado a dicha administradora, en razón a la declaración de la ineficacia del traslado.

Se ordenó a **PORVENIR SA**, a trasladar los aportes del demandante 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 el actor estuvo vinculado a dicha administradora, con destino a COLPENSIONES.

Se ordenó a las **AFP PORVENIR SA y COLFONDOS SA**, a **indexar** los dineros a devolver por gastos de administración, esto es, costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, además

del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos de pensiones y sin aplicar equivalencia alguna. A la par se ordenó que, al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados por la AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información importante que los justifique.

Se ordenó que PORVENIR SA y COLFONDOS SA, a CONSIGNAR los valores anteriores a COLPENSIONES EICE, quien deberá recibirlos y reactivar la vinculación del señor JORGE IGNACIO BUITRAGO VÉLEZ en el RPMPD, sin solución de continuidad.

Se impuso COSTAS están a cargo de PORVENIR SA y COLPENSIONES, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho, el valor equivalente a 1 y 1/2 SMLMV, de la cual corresponde el valor de \$1.160.000,00 a cargo de PORVENIR S.A y \$580.000,00 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 los apoderados judiciales de la AFP PORVENIR y por el apoderado de COLPENSIONES.

Apelación de Porvenir: Manifestó el apoderado judicial de la AFP, que recurre de manera parcial la sentencia.

Señaló el recurrente que la AFP trasladó todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colfondos y en principio no es posible ordenar a la entidad devolver concepto distinto a los previsto en el artículo 113 de la ley 100 de 1993, como son los rendimientos financieros y cotizaciones, los cuales ya fueron trasladados a Colfondos.

Expuso que en lo que respecta a los gastos de administración, estos conceptos son obligaciones de tracto sucesivo que no es posible generar una devolución y además el carácter de los mismos no es la de financiar una mesada pensional, razón por la cual, se solicitó dar aplicación de la prescripción sobre dichas sumas dado que su carácter no puede ser imprescriptible teniendo en cuenta la naturaleza de las mismas.

En todo caso resaltó la apelante que la AFP ha administró en debida forma los rendimientos financieros del demandante, que favorecieron la cuenta de ahorro individual del actor, de los cuales no hubo inconformidad y fueron superiores a los mínimos dispuestos por la ley, y en lo que respecta a los seguros previsionales, resaltó que la entidad hizo la debida cobertura a través de las pólizas y acogimiento de terceros de buena fe, quienes brindaron la debida cobertura y en este caso, se garantizó las coberturas de las contingencias de riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Por último y en lo que respecta a la orden de indexación, reiteró el apelante que la AFP trasladó los debidos valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente actualizados y que la sentencia de la CSJ SL 1946 2021, dispuso que no es posible generar una devolución indexada dado que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

Apelación COLPENSIONES: Expuso el togado que representa los intereses de COLPENSIONES, que la voluntad del demandante de emigrar de un régimen a otro, es un hecho ajeno a la entidad y de plena responsabilidad de las AFP, quienes faltan a su deber de información y buen consejo.

Que el demandante solicitó que se declare la ineficacia no por la falta de información, sino por el valor del monto de la mesada pensional que recibiría, monto que el actor desconoce de acuerdo a su relato en el interrogatorio de parte.

Reprochó también que incumbe la obligación del demandante de informarse de las posibles opciones que ofrece el mercado en su momento, y que es evidente que el actor no se acercó a Colpensiones a recibir asesoría.

Finalmente, el recurrente plantea disenso respecto de la condena en costas procesales, por cuanto en estos procesos, la entidad ha sido llamada a recibir y tener afiliado al demandante y en un futuro reconocer su pensión de

vejez, en caso de cumplir los requisitos. Y en estos casos, la condena a Colpensiones a recibir el valor de los aportes realizados por el actor en la AFP, y reactivar la afiliación del demandante, es solo la consecuencia de la orden previamente impartida en este proceso, en el sentido de declarar la ineficacia por lo que aduce, que sin esa orden la condena no se hubiese producido.

Insistió el recurrente que este asunto tuvo su origen por cuanto la administradora del fondo de pensiones del RAIS no cumplió con su obligación de dar una debida información al demandante, respecto de su traslado de régimen pensional, sin que se encuentre demostrado que, en el acto de traslado, hubiese existido responsabilidad alguna por parte de Colpensiones como administradora del régimen de prima media.

Alegatos de Conclusión:

Todas las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión.

El apoderado judicial de la **parte demandante**, al presentar su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, solicitó sea confirmada íntegramente la sentencia de primera instancia, al estar ajustada la misma a los lineamientos jurisprudenciales de la CSJ.

Por otra parte, el apoderado de la **AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, pidió que se revoque íntegramente la sentencia 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.

También aseveró 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 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, y 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.

Aseguró que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

Sostuvo que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la AFP, como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Expuso que los gastos de administración, ni las primas de seguros, corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, concluyendo que ello es razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Adicionalmente, dijo que resulta incongruente ordenar la indexación de los valores ordenados, como quiera que, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, no estuvieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y por contrario, la AFP PORVENIR S.A., con su administración, le garantizó rendimiento a los mínimos establecidos en la ley para el RAIS y muy superiores a los que le hubiera generado el RPMPD, insistiendo que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar.

Por otra parte, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** al presentar su escrito de alegatos en sede de segunda instancia manifestó que la sentencia proferida por el A quo, ordenó a Colpensiones a recibir a los afiliados que judicialmente deben trasladarse al RPM, sin consideración de las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan y al tener que asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la cual en principio no hizo parte.

Indicó que la voluntad de la parte actora de poder emigrar de un régimen a otro, fue un derecho que ejerció al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, hecho ajeno a Colpensiones y contemplado en el

artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal e.

Señaló que en los eventos de traslado de régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en cabeza de los fondos de pensiones, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones.

Por otra parte, y referente al contrato de afiliación, indicó que si las AFP PORVENIR Y COLFONDOS, omitieron la información de forma parcial o total, sería estas ADMINISTRADORAS las directamente implicada en el reconocimiento de la prestación económica en el futuro del demandante, y no Colpensiones como se viene reiterando en los diferentes fallos judiciales.

Finalmente solicitó que se revoque la condena en costas impuesta a Colpensiones, dado que la entidad es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la parte actora y las AFP PORVENIR Y COLFONDOS, por lo cual no puede ser ni beneficiada ni perjudicada por el acto jurídico celebrado por las partes intervinientes, todo esto, bajo el principio de relatividad de los contratos.

Dijo además que en el evento de confirmarse la sentencia de primera instancia, se ordene a las AFP PORVENIR Y COLFONDOS devuelvan a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y como lo estableció en su momento las sentencias 68838 de mayo 8 de 2019, que remite a las sentencias SL 31989 - 2008; SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019, de forma indexada, toda vez que, durante este tiempo se privó de las mismas a Colpensiones de dichos dineros.

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 y del apoderado de COLPENSIONES, en sus recursos 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, 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 JORGE IGNACIO BUITRAGO VELEZ, inicialmente se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1979 (PDF 9), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 2002 (PDF 10 folio 9-10), luego se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 2008 (PDF 4 folio 77) y más tarde retornó a la AFP COLFONDOS en el año 2012 (PDF 10 folio 9-10), 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 las AFP convocadas a juicio (PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo atendieron.

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

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales

que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

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.

En lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de COLPENSIONES, respecto a que en el trámite del proceso quedó probado que el actor la 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 actor 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.

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 las AFP demandadas, quienes tampoco acreditaron 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 IGNACIO BUITRAGO VELEZ**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud 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 el apoderado de la AFP PORVENIR, en su recurso de apelación.

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. sostiene que los gastos de administración, tienen por mandato una destinación específica y que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado.

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.

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

Ahora, 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 legítima 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 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 o COLFONDOS, 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 o COLFONDOS, 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...”*.

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

De otro lado, esta Sala no accederá a declarar la afectación por prescripción de las cuotas de administración, como lo solicitó el apoderado judicial de PORVENIR en su recurso de alzada, como quiera que es solo en esta sentencia

que se está dando la orden y con respecto a las mismas no ha transcurrido el término trienal extintivo de ley.

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, con 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)*

Ahora bien, el otro punto de cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, gira respecto a la orden de indexación, pues a su juicio con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

En torno a este cuestionamiento, la sala precisa que COLPENSIONES no tiene por qué recibir depreciadas los conceptos que se ordenan trasladar. A lo anterior se agrega que la medida de actualización monetaria ha sido reiterada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

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 2º, 3º y 4º 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 6º** 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, a cargo de COLPENSIONES, como quiera que se acogen las suplicas.

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 **JORGE IGNACIO BUITRAGO VELEZ** 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: REVOCAR el numeral 6º 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: 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 **JORGE IGNACIO BUITRAGO VELEZ**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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