

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-003-2019-00053-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y confirma.

Medellín, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE** 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 019**, 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, contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública

celebrada el día 19 de enero 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 actor ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE, nació el 25 de diciembre de 1957, y que ha efectuado cotizaciones para el sistema general de pensiones al Instituto de Seguros Sociales, desde el año 1984, y luego decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. en el año 1995, 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 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, y que en consecuencia, se ordene a la 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 accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES descorrió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF 15 incorporado al expediente digital. A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó la edad del demandante y precisó que, no es cierto que, el Señor ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 31 de agosto de 1984 como se describe en los hechos de la demanda, por cuanto se registran cotizaciones en su historia laboral, desde el **07 de octubre de 1987** al 31 de mayo de 1995, esto, conforme a la historia laboral del demandante, expedida por la entidad, el 23 de febrero del 2022. La entidad se opuso a los demás hechos y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO A LA AFP PORVENIR S.A., INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR S.A. ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, EVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS POR PARTE DE LA AFP PORVENIR S.A., BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES MORATORIOS, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS”*

Por su parte la AFP PORVENIR S.A., a través de la contestación allegada (PDF 6 del expediente digital), negó los hechos de la demanda, salvo la edad, y afiliación del actor, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, INNOMINADA”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 19 de enero de 2023, el Juez de conocimiento, dispuso: **Primero:** DECLARA que la demandada AFP PORVENIR S.A. no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor del señor ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE, cuando éste se trasladó a dicha Administradora de Fondos de Pensiones, ni tampoco demostró que a lo largo de la afiliación del señor ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE a dicha entidad, ésta le diera información clara, veraz y oportuna, que le mostrara a éste las circunstancias que le hicieran más favorable permanecer en el RAIS antes

que en el RPMPD. **Segundo:** DECLARA que AFP PORVENIR S.A. causó grave menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del señor ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE, cuando éste cumplió la edad y semanas para tener derecho a la pensión. **Tercero:** DECLARA la responsabilidad constitucional y profesional de AFP PORVENIR S.A. en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones del demandante ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE. **Cuarto:** DECLARA la inaplicación constitucional (art. 53 C.P. y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPMPD acaecido en cabeza de ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE causado por AFP PORVENIR S.A. De acuerdo con la inaplicación constitucional aquí declarada, también se DECLARA que el demandante ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE sigue inmerso en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A. **Quinto:** ABSOLVE a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin perjuicio de las órdenes que se le darán enseguida. **Sexto:** Consecuencial a las anteriores declaraciones, ORDENA a la AFP PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite por escrito la demandante, le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPMPD. El señor ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE, dentro de la carta en que solicite la pensión de vejez, deberá incluir certificado de retiro laboral. **Séptimo:** ORDENA a la AFP PORVENIR S.A. que, dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPMD a favor del demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES, elaboración de **cálculo actuarial pensional** con miras a subrogación pensional. Aquí mismo se ORDENA a COLPENSIONES que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que AFP PORVENIR S.A. lo solicite por escrito, elabore dicho cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional y en ese mismo lapso (dos meses) COLPENSIONES deberá presentar dicho cálculo actuarial pensional a AFP PORVENIR S.A. A su vez esta última entidad, PORVENIR S.A., dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de manos de COLPENSIONES, proceda a su pago real y efectivo a dicha entidad (COLPENSIONES). **Octavo:** ORDENA a la AFP PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD al demandante ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE. COLPENSIONES subrogará a PORVENIR S.A. en tal obligación a partir del momento y hora en que esta última entidad pague a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial pensional. **Noveno:** AUTORIZA a la AFP PORVENIR S.A a

ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para sí, para PORVENIR S.A., los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros del demandante. **Decimo:** No prosperan las excepciones propuestas por la demandada AFP PORVENIR S.A. Prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP PORVENIR S.A. a dicha entidad COLPENSIONES, pues como lo ha dicho la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL en múltiples sentencias, COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico de traslado y es principio constitucional que los terceros no pueden cargar con las consecuencias dañinas, con las desventajas de la celebración de un acto jurídico en el que no ha participado. Por ello, se ABSUELVE a COLPENSIONES de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que aquí se le han dado. **Décimo Primero:** Costas procesales a favor del demandante, agencias en derecho en la suma de \$ 4.640.000.

La sala advierte que, en el acta de la sentencia de primera instancia, que milita en el PDF 29, se indicó de manera errónea el segundo apellido del demandante ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE¹, pues en el acta se indicó URIBE, cuando en realidad corresponde a AGUIRRE, lo cual fue corregido por el despacho, en auto del 01 de marzo de 2023 (PDF 31)

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

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación, por el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**

El apoderado judicial de PORVENIR recurrió la sentencia de primera instancia de forma integral, al considerar que se le cercenó a la AFP, su derecho a la contradicción y defensa en el trámite del proceso, por cuanto se adicionó dos pretensiones, y entre ellas, la responsabilidad constitucional que se impone a la entidad.

¹ PDF 03 folio 6 consta cédula de ciudadanía.

Señaló el recurrente que, si se observa las solicitudes que pretende el demandante, en su escrito de demanda, se advierte que el mismo pide que se declare la ineficacia del traslado y consecuentemente, el retorno de los valores que se indicaron en el escrito de demanda; y en ninguno de los numerales, se reclamó la declaratoria de responsabilidad a la AFP, por daño o perjuicios; sin embargo, el despacho en su condena, en los numerales cuarto y primero, declarara que la AFP faltó al deber de información, generando un grave menoscabo al demandante, y por ende declara la inaplicabilidad de la afiliación.

Resaltó el apelante que la línea jurisprudencial de la CSJ, respecto de las ineficacias, difiere de las condenas impuestas por el A quo, por lo que, en este caso en principio, las circunstancias de una ineficacia de traslado, es la del retorno al régimen de prima media, y a su vez el retorno de la cuenta de ahorro del demandante.

Expuso que, en este asunto, tampoco es posible declarar la ineficacia del traslado, por cuanto el demandante decidió de forma voluntaria en el año 1995, adelantar una vinculación con Porvenir y ratificó su voluntad a través de los rendimientos, y de los aportes que causaron esos rendimientos, y además con su permanencia dentro del sistema por más de 27 años.

Agregó el impugnante que el actor, nunca hizo uso o ejercicio del derecho de retracto, para retorna al régimen de prima media, y finalmente, su aspiración radica en la mesada pensional que podría obtener en el régimen de prima media, pero a través de la inaplicación que da el despacho, se entiende la misma como una ineficacia y por ende, ello no es posible, por cuanto el demandante se encuentra en una prohibición legal que trae la ley 797 de 2003, asimismo, el demandante pudo realizar actos de verificación con la AFP, de acceder a los canales de atención, y poder cotejar los extractos y el estado financiero de sus ahorros; no obstante, el demandante se escuda en la ignorancia de la ley, frente a las normas que regulaban el régimen de ahorro individual, teniendo en cuenta que la ley 100 de 1993, había sido expedida y es de alcance nacional.

Llamó la atención el apelante en punto de que el demandante no solicitó derecho pensional a la AFP, a pesar de que ya cuenta con más de 1.900 semanas de cotización.

Con base en lo anterior concluyó el togado que, la AFP si dio información al demandante y, por ende, no se ha generado un menos cabo, y menos aún por cuanto el actor desde el año 1995, conocía que estaba vinculando a un fondo privado, que podía realizar aportes voluntarios y podría obtener del RAIS una pensión en un tiempo inferior al régimen de prima media, y en todo caso, el demandante con su decisión y ratificación de sus actos, accedió al RAIS.

Dijo el apelante que al A quo, le han revocado varias decisiones, en lo que respecta a la declaratoria de responsabilidad, a la conmutación y la compatibilidad de la pensión que se ordena en estos asuntos de ineficacia, pues reitera que, ello difiere de la línea jurisprudencial dispuesta por la CSJ, y que pese a que el fallador de primera instancia, radica su posición en la sentencia SL 373 del año 2021, para declarar una responsabilidad constitucional a la AFP y por ende unos perjuicios, la sentencia referida hace mención a “pensionados” y no de afiliados, como acontece en este caso en concreto.

Replicó el reclamante que, los perjuicios han de ser verificados y que, respecto de los mismos, no obra inversión de la carga de la prueba, es decir, que quien asume la carga, es quien aduce la causación de los perjuicios, y, por tanto, deben ser probados, sin embargo, en este caso, los mismos no se acreditaron, por el contrario, el demandante, se benefició del doble de los rendimientos generados por la AFP.

Agregó que tampoco es posible que se ordene a la AFP, a pagar una mesada pensional, por cuanto, el demandante no lo solicitó dentro del proceso, ni tampoco ha adelantado una actuación administrativa y no se debe reconocer pensión bajo las reglas del régimen de prima media, toda vez que, el RAIS, solo está autorizado para reconocer mesadas pensionales, bajo los criterios del artículo 64 y 80 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que son divergentes los criterios pensionales en ambos regímenes pensionales.

Tampoco es posible que se genere una conmutación o subrogación de la AFP con COLPENSIONES, pues al ser diferentes los regímenes pensionales, no es posible reconocer en el RAIS, una mesada pensional, y luego pasar ese derecho o ese ejercicio o condición a otro sistema, pues los mismos, carecen de esa posibilidad.

Finalmente imploró el apelante, que se revoque el monto de las costas procesales fijadas por el A quo, teniendo en cuenta que las mismas son excesivas y, además, no se acreditan las circunstancias para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Alegatos de Conclusión:

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 párrafo 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.

Para sustentar su desacuerdo dijo el recurrente que el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-0023401, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, apeló el recurrente a la decisión adoptada por el Tribunal Superior De Cali Sala Laboral, en el proceso que adelantó el señor JHONJAIRO GAVIRIA, en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31-05-2022-00562-01, que en providencia del 20 de enero del año en curso, indicó: *“Respecto de la indexación la Sala considera 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, por tal razón se REVOCA dicha*

condena a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y en su lugar, se les CONDENA a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”

Con base en lo anterior concluyó el recurrente aduciendo que, ordenar a Porvenir S.A. que indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP, a partir del acto jurídico informado que celebró la demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Por su parte, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, sostuvo que de la relación que surgió entre la AFP PORVENIR S.A y el demandante, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, es un tercero de buena fe, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible; a la par que, la figura de la inoponibilidad, constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Expuso que frente a la declaratoria de ineficacia de traslado del demandan, y, aunque el juzgador de primera instancia, señala que absuelve a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de las pretensiones del actor; es ésta quien en últimas asume las consecuencias de dicha declaratoria, pues debe asumir la carga de que se declare que el demandante continúa inmerso en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se solicitó, tener en cuenta que el retorno en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera.

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 al punto objeto de inconformismo planteado por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a COLPENSIONES relacionada con la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional y el derecho pensional del actor al retorno a prima media, 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 de establecer si el traslado del RPM al RAIS que realizó el demandante, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el 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 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 subrayar, 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 el 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 (SL2611-2020 y SL5525 -2021) y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión, como equivocadamente lo plantea la AFP accionada.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el 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, como ocurrió en el presente caso, 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 plenario, se advierte que el señor ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE, se vinculó al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el año 1987 (PDF 16), y luego se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. desde el año 1995 (PDF 7 folio 3), donde permanece afiliado en la actualidad.

Se tiene que, de las argumentaciones esbozadas por el A quo en la sentencia de primera instancia, las referidas a la ineficacia y a las obligaciones profesionales que recaen en cabeza de la administradora de pensiones, son acertadas.

En efecto, es bien sabido, que el simple hecho de la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados en sus obligaciones profesionales de asesoría (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); que, para la época del traslado del demandante, tal y como se refirió en precedencia, es evidente que eran exigibles estas obligaciones de asesoría, siendo preciso concluir que el acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR, no produjo los efectos jurídicos pertinentes.

Se resalta que la ineficacia se erige en una sanción de pleno derecho, que se atribuye a la falta de cumplimiento de las obligaciones profesionales de las administradoras del régimen privado, al no haber suministrado la información

y asesoría pertinentes, en la oportunidad procedente, y no en otra posterior. Obligaciones que han existido desde que se promulgó la Ley 100 de 1993.

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

Ahora bien, argumentó el apoderado judicial de la AFP PORVENIR en su recurso de alzada, que el traslado del demandante se dio de manera voluntaria.

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

En punto al cuestionamiento de que el demandante ha querido permanecer afiliado a la AFP PORVENIR, y que éste a pesar de que ya cuenta con más de 1.900 semanas de cotización continua en el RAIS, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, como lo alude el apelante, en la medida que si bien el demandante se trasladó a la AFP desde el año 1995 a la actualidad, solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley el afiliado estaba obligado a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este caso en concreto la AFP demandada no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

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 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.

De otro lado, el apoderado judicial de PORVENIR en su recurso de alzada, llamó la atención de este Colegiado, argumentando que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin embargo, dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación o traslado no produjo ningún efecto, al ser ineficaz por ausencia de información.

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

El apoderado judicial también adujo que el demandante pudo realizar actos de verificación con la AFP, de acceder a los canales de atención, y poder verificar los extractos, el estado financiero de sus ahorros, y que, el demandante se escuda en la ignorancia de la ley. A lo anterior se rememora que, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP, quien tampoco

acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al actor un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

Sin embargo, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, le asiste razón en el reproche general que le hacen a la sentencia de primera instancia, solicitando incluso de forma subsidiaria que, en caso de que se confirme la declarada ineficacia, se le dé el alcance que todos los casos en su mayoría tienen conforme a la jurisprudencia nacional, y no la inapropiada forma jurídica que concluyó la sentencia de primera instancia, al haber ordenado un cálculo actuarial que, en su sentir de forma contraria a la Ley 100 de 1993, ordena que una administradora del RAIS reconozca y pague la pensión de vejez bajo unas reglas completamente ajenas y atípicas como las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Esta sala acoge los reparos del recurrente a la sentencia, y advierte un desbordamiento a la línea jurisprudencial sobre el tema en que incurrió el A quo, que más que corresponder al sostenimiento de una postura con la suficiente carga argumentativa, constituye una suerte de escenario en el que se lleva a extremo el principio de responsabilidad jurídica y presenta ciertos inconvenientes en la práctica, de cara al funcionamiento legal que cada uno de los dos regímenes pensionales excluyentes que creó el legislador a través de la Ley 100 de 1993, al pretender imponer a una administradora del régimen de ahorro individual (AFP PORVENIR S.A.) un reconocimiento pensional bajo las reglas del régimen de prima media con prestación definida, ordenando de por medio la liquidación de un cálculo actuarial completamente impropio para estos casos².

La solución que el juez de primera instancia dio al caso no resulta consecuente con la figura de la ineficacia, en tanto es evidente que la misma trae como consecuencia la ausencia de la existencia del acto de afiliación, y nunca el que se pueda llegar a entender que una administradora del RAIS frente a la cual existió ineficacia en el acto de afiliación, pueda llegar a ser la pagadora de la pensión bajo una dinámica financiera completamente ajena al régimen.

Así las cosas, sin que exista duda en cuanto a que hay unas obligaciones de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP que se erigen en inexorables en el despliegue de su actividad, creadas desde la misma concepción de los dos

² El tema de la subrogación pensional, al tenor de lo establecido en las sentencias de casación SL 16.838 de 2016, SL 4.103 de 2017 y SL 4.934 de 2017, entre otras, se refiere a aquellos casos de empleadores que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones de conformidad al artículo 260 del CST., y que con motivo de la derogatoria de dicha disposición por virtud del artículo 289 de la Ley 100 de 1993, se subrogaron en COLPENSIONES para el reconocimiento a cargo de esta entidad de las pensiones correspondientes.

régímenes pensionales, y no a partir de recientes normas, cuando las mismas no se cumplen, se genera la consecuencia jurídica de la ineficacia, como una sanción propia en materia del trabajo y de la seguridad social, este colegiado revocará la orden de pagar cálculo actuarial con fines de subrogación, por ser una solución jurídica totalmente injustificada y que contraría la fuente legal con base a la que cada régimen pensional funciona de manera independiente y con fundamento en sus propias normas y reglas jurídicas.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** el numeral 1º, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto, declaró que la AFP PORVENIR S.A., faltó a su deber legal de asesoría en el traslado de régimen del demandante.

Ahora, y pese a que el juez de la primera instancia, declaró la ineficacia del traslado del demandante, dispuso en el **numeral cuarto** de la resolutive que el demandante sigue inmerso en el régimen de prima media con prestación definida, pero a cargo de PORVENIR.

Con base en lo anterior, se **MODIFICARÁ** el **numeral cuarto** de la sentencia en el sentido de declarar que como la AFP PORVENIR desatendió su deber objetivo de información en materia pensional, y esto derivó en la ineficacia del traslado del señor **ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por tanto el demandante siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Asimismo, serán **REVOCADOS** los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que la AFP PORVENIR causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP PORVENIR S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez al demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES; para en su lugar, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, que traslade a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30)

días siguientes a la ejecutoria, el capital y los rendimientos financieros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del asegurado, incluyendo las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, que hayan sido descontados de los aportes realizados por el demandante, durante su permanencia en dicha administradora de fondos de pensiones, **indexando** estos tres últimos conceptos, al momento de su traslado a COLPENSIONES.

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...”*.

Lo anterior por cuanto se 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.

Así, es claro entonces que, al regresar las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que el actor suscribiera el traslado de régimen pensional, deben girarse todos los conceptos cobrados por las administradoras del régimen privado, debidamente indexadas, incluso completando dichas sumas y su actualización de su propio patrimonio, teniendo en cuenta que se trata de dineros que pertenecen a la cotización del asegurado, y que esta no dio lugar a la ineficacia.

La indexación que se está ordenando a la AFP accionada sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes por garantía de pensión mínima se hará conforme a la fórmula establecida por la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020), así:

Indexación es igual a:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \times \text{VALOR A INDEXAR} - \text{VALOR A INDEXAR}$$

Se advierte que, al momento de cumplir la orden impartida, deberá la AFP demandada remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De esta manera, tal decisión se acompasa con el efecto consecuencial a la ineficacia, la cual es que, todas las cosas regresen a su estado anterior al traslado de régimen pensional.

Finalmente, y en relación a los reparos presentados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., relacionados con la condena en costas procesales de primera instancia a cargo de dicha administradora, es preciso señalar que esta Sala mantendrá lo resuelto, pues la recurrente no aporta ninguna razón válida para exonerar a la AFP de dicha condena, por el contrario, lo que si se demostró en el sub lite, es que fue la indebida asesoría pensional recibida por el demandante, la que dio lugar a la ineficacia, y dado que esta misma administradora resultó vencida en juicio, e igualmente se opuso férreamente a las pretensiones de la demanda, de tal suerte que en dicho caso si resulta pertinente emitir condena en costas, tal y como lo hizo el A quo acudiendo al criterio objetivo previsto en el art. 365 del CGP.

Ahora bien, el apoderado de PORVENIR recurre también, la tasación de las agencias en derecho señaladas en la primera instancia en la suma de \$4.640.000, por cuanto a su juicio, las mismas resultan exorbitantes.

En relación con este último aspecto, la sala se abstiene de emitir pronunciamiento, como quiera que no es esta la oportunidad procesal para controvertir el monto de las agencias en derecho, a la luz de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 366 del C.G.P.³

En esta instancia no se han causado costas procesales, por haber prosperado parcialmente la apelación presentada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A.

VIII. - DECISIÓN.

³ La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas

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: MODIFICAR el numeral 4º, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que se conoce en apelación y consulta, de fecha y procedencia conocidas, a efectos de DECLARAR que el actor **ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE**, siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que la AFP PORVENIR S.A causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, se le impuso a la AFP PORVENIR S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez al demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES; para en su lugar, **ORDENAR a PORVENIR S.A.**, que proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los conceptos que, a lo largo de la permanencia del asegurado **ANIBAL JARAMILLO AGUIRRE**, en dicho fondo, bajo el concepto de cotizaciones, sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, incluyendo las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes por garantía de pensión mínima **debidamente indexadas estos tres últimos conceptos**, asumiendo de su propio patrimonio esa actualización, traslado que deberá efectuarse dentro de un plazo no superior a 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva. Al momento de cumplir la orden impartida, deberá la **AFP PORVENIR**, remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado.

CUARTO: ABSTENERSE de imponer costas procesales de segunda instancia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

SEXTO: 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